Das Selbstkontrahieren des Vertreters.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität Marburg.

Vorgelegt von
Walter Boettger
Gerichtsassessor zu Wiesbaden.

Marburg 1931.

Buchdruckerei Oskar Koehler, Wiesbaden.

Das Selbstkontrahieren des Vertreters.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität Marburg.

Vorgelegt von
Walter Boettger
Gerichtsassessor zu Wiesbaden.

Marburg 1931.

Buchdruckerei Oskar Koehler, Wiesbaden.

Von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg angenommen am 30. 5. 1929.

Berichterstatter: **Geh. Justiz-Rat Prof. Dr. Manigk.**

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN LIEBEN ELTERN
IN DANKBARKEIT GEWIDMET.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547924_0075

Gliederung.

Einleitung: Der Begriff des Selbstkontrahierens S. 1

§ 1. Die Stellungnahme des römischen Rechts

I. zur unmittelbaren Stellvertretung S. 3

II. zum Selbstkontrahieren S. 4

a) Das „sibi solvere" S. 4

b) Das „sibi scribere" S. 6

c) Der Auktionskauf S. 6

d) Die Novelle 72 S. 7

§ 2. Die Stellungnahme des gemeinen Rechts zur unmittelbaren Stellvertretung und zum Selbstkontrahieren S. 8

§ 3. Die Stellungnahme des heutigen Rechts zur unmittelbaren Stellvertretung und zum Selbstkontrahieren S. 10

I. Der Entwurf I S. 10

II. Der Entwurf II S. 13

III. Das B. G. B. S. 13

1. Die juristische Konstruktion der unmittelbaren Stellvertretung und des Selbstontrahierens S. 13

2. Der § 181 B. G. B. S. 20

a) Allgemeines S. 20

aa) Die verschiedenen beim Selbstkontrahieren möglichen Vertretungsfälle S. 20

bb) Das Selbstkontrahieren an sich S. 23

cc) Die Form des Selbstkontrahierens S. 24

b) Das Selbstkontrahieren auf Grund besonderer Gestattung S. 26

c) Das Selbstkontrahieren zur Erfüllung einer Verbindlichkeit S. 31

d) Die Folgen einer Überschreitung der Schranken des § 181 B. G. B. S. 34

Schrifttum.

Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen (Bank-A.).

Bechmann: System des Kaufs nach gem. Recht, 1. Abtlg., Erlangen 1884.

Bekker: in Jherings Jahrbücher 49, 23.

Biermann: Bürgerliches Recht, 1 Bd., Allgem. Lehren und Personenrecht, 1908.

Biermann: Beiträge zur Lehre von dem Besitzerwerb durch einen Stellvertreter, in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß, Bd. 11, S. 211.

du Chesne: im Sächsischen Archiv 12, 65.

Crome: System des bürgerlichen Rechts, Band 1, 1900.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 5. Auflage.

Dernburg: Das bürgerliche Recht, Bd. 1, Allgem. Lehren, 3. Aufl., 1906.

Dernburg: Pandekten, Bd. 1, 7. Aufl., 1902.

Deutsche Juristen-Zeitung (D.J.Z.).

Deutsche Richter-Zeitung (D.R.Z.).

Dniestrzanski: Aufträge zu Gunsten Dritter, 1904.

Eck: Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Lief. II.

Eck: in Goldschmidt's Zeitschrift, Bd. 39, 269.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 8. Aufl., 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: I. Bd., 1. Abtlg., 6./8. Aufl., Marburg 1911.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (R.G.).

Foerster-Eccius: Preußisches Privatrecht, 1. Bd., 6. Aufl., Berlin 1892.

Gareis: Der allgem. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1. Bd., 2. Aufl., 1903.

Goldschmidt's Zeitschrift.

Gottschalk: in Jherings Jahrbücher 79/212.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Grünhut: Das Recht des Kommissionshandels.

Hanseatische Gerichtszeitung (Hans.G.Z.).

Hellmann: Die Stellvertretung im Rechtsgeschäft.

Hölder: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, allgem. Teil, 1900.

Hoeniger: in D.J.Z. 1910, S. 1347.

Hupka: Die Vollmacht, Leipzig 1900.

Jahrbuch des Deutschen Rechts.

Jeroschewitz: Vertretung bei der Fahrnisübereignung, Dissertation Königsberg, 1920.

Jhering: Jahrbücher für die Dagmatik des heutigen römischen und gemeinen Privatrechts.

Jörs: Römisches Recht, Berlin 1927.

Juristische Wochenschrift (J.W.).

Juristische Rundschau (J. R.).

Karlowa: Römische Rechtsgeschichte, 2. Bd., 1. Teil, Leipzig 1901.

Kohler: Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französ. Zivilrecht, 1. Bd., Mannheim 1883.

Kommentar der Reichsgerichtsräte (K.d.RGR.).

Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Bd., Berlin 1903.

Leipziger Zeitschrift (L.Z.).

R. Leonhard: Allgemeiner Teil des B.G.B.

Lepa: Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs in Einkaufs- und Verkaufsaufträge nach dem deutschen Handelsgesetzbuch, Stuttgart 1883.

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte (Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Leonhard, 5. Heft, Breslau 1907).

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach bürgerlichem Gesetzbuch, Berlin 1907.

Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 3. Aufl., 1900.

Meissels: Rümelin, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht, in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, 18. Bd., München 1891.

Mitteilungen des Bayrischen Notar-Vereins (Bayr.Not.V.).

Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht, Wien, 1885.

Mitteis: Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians, 1. Bd., Leipzig 1908.

Mosse-Heymann: Handelsgesetzbuch, Berlin und Leipzig 1926.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, 1. Bd., Berlin und Leipzig 1888; 4. Bd., Berlin 1888.

Muskat: Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 33. Bd., S. 507 ff., Stuttgart 1887.

Naumburger Kammer-Zeitung (Naumb.K.Z.).

Oertmann: Allgemeiner Teil, Berlin 1908.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Bd., 3. Aufl., Berlin 1903; 4. Bd., 3. Aufl., Berlin 1906; 1. Bd., 4. Aufl., Berlin 1913.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes für das Bürgerliche Gesetzbuch, 1. Bd., Berlin 1897; 2. Bd., Berlin 1897.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (O.L.G.),

Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1. Bd.

Regelsberger: Pandekten.

R.J.A.: Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt.

Römer: Rechtsgeschäfte des Stellvertreters mit sich selbst nach römischem und gemeinem deutschen Recht, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 19, 67, Erlangen 1874.

Ruhstrat: Über einige wichtige Grundsätze der negotiorum gestio, in Jherings Jahrb. 27. Bd., S. 70 ff., Jena 1889.

Rümelin: in Archiv für zivile Praxis, 93. Bd., S. 131 ff.

Rümelin: Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht, Freiburg 1888.

v. Savigny: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, 2. Bd., Berlin 1853.

v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts, 3. Bd., Berlin 1840.

v. Seeler: in Archiv für bürgerliches Recht, 28. Bd., S. 9 ff.

Scheurl: Stellvertretung bei Begründung von Obligationen, in der kritischen Überschau, 1. Bd.

Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung, Leipzig 1900.

Siber: Römisches Privatrecht, Berlin 1928.

Seufferts Archiv (Seuff. Arch.).

Siebert: „Kann der Stellvertreter nach gemeinem Recht mit sich selbst kontrahieren?" Inaugural-Dissertation, Erlangen 1896.

Sohm-Wenger: Institutionen, München-Leipzig 1928.

Sprinz: Das Selbstkontrahieren des Vertreters. Inaugural-Dissertation, Berlin 1907.

Staub: Kommentar zum H.G.B., 1. Bd., Berlin und Leipzig 1926.

Staudinger: Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1925.

Staudinger: Familienrecht, 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1925.

von Thur: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1.Bd., 1910; 2. Bd., 1. Hälfte 1914; 2. Bd., 2. Hälfte 1918.

Versicherung und Geldwirtschaft, Praxis des Versicherungsrechts.

Warneyers Entscheidungen.

Wenger: Stellvertretung im Recht der Papyri, Leipzig 1906.

Windscheid-Kipp: Pandekten, 2. und 3. Bd.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Bayr.Rpfl.Z.).

Zitelmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, allgem. Teil, 1900.

Der Begriff des Selbstkontrahierens.

Die Frage nach der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens hat von jeher die Rechtswissenschaft, die Gesetzgebung und die Praxis lebhaft beschäftigt. Das römische und das gemeine Recht haben das Selbstkontrahieren nur in wenigen Fällen erlaubt. Im modernen Recht hat es im § 181 B.G.B. weitgehendere Anerkennung gefunden. Allerdings ist das Selbstkontrahieren auch heute nur in zwei Ausnahmefällen möglich: wenn es besonders gestattet ist und wenn es lediglich der Erfüllung von Verbindlichkeiten dient.

Welche Bedeutung haben die Begriffe „Kontrahieren" und „Selbstkontrahieren"?

Unter Kontrahieren oder „contrahere", wie es die Römer nannten, versteht man einmal den Abschluß eines Vertrages. Aber schon die Römer bezeichneten mit „contrahere" auch die Vornahme anderer Rechtsgeschäfte, die keine Verträge waren. Contrahere war bei ihnen kein Ausdruck für die vertragliche Willenseinigung. [1] Es bezeichnete unter anderem auch die Begehung von Delikten und das Anrichten von Schäden. [1a] Die Römer sprachen auch bei der Leistung einer Nichtschuld von einem „contrahere". [1b] Im römischen Recht verstand man also unter „contrahere" sowohl die Abgabe der zu einem Kontrakt erforderlichen Erklärungen, als auch einseitige Rechtsgeschäfte. Auch nach heutigem Recht fallen unter den Begriff des Kontrahierens einseitige und zweiseitige Rechtsgeschäfte.

Unter „Selbst"(-)kontrahieren oder Kontrahieren mit sich selbst sind aber nicht etwa alle Rechtsgeschäfte schlechthin zu verstehen, die eine Person sich selbst gegenüber vornimmt, wie man vielleicht bei wörtlicher Übersetzung dieser Bezeichnung annehmen könnte. Eine solche wörtliche Auslegung würde zu dem Ergebnis führen, daß jemand mit sich selbt ein Rechtsgeschäft über einen bereits in seinem Eigentum stehenden Gegenstand abzuschließen vermag. Aus dem Begriff des Rechtsgeschäfts folgt aber, daß dies unmöglich und auch undenkbar ist. Mit Recht weist Römer [2] darauf hin, daß niemand Eigentum von sich selbst erwerben könne, da er das zu erwerbende Eigentum bereits habe. Es könne auch niemand an einer ihm gehörigen Sache durch Abschluß eines Rechtsgeschäftes mit sich selbst

1) 1,66 D. de solut. et liberat. 46. 3. „Si pupilli debitor iubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori eius numeravit . . . . . si autem debitor pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius iussu contraxit".

1a) Siber, S. 42.

1b) Siber, S. 42 ff.; S. 169; vgl. ferner D 1, 3, 1: delictorum quae contrahuntur; D 26, 7, 57: damnum contrahere.

2) Römer, S. 67.

ein sein Eigentum beschränkendes Recht erwerben, weil niemand gleichzeitig den Willen des unbeschränkten und des beschränkten Herrschers über eine Sache haben könne. Schließlich sei auch der Abschluß eines obligatorischen Vertrages einer Person mit sich selbst ausgeschlossen, weil ein solches Geschäft die Herrschaft der einen Person über den Willen der anderen herbeizuführen bezwecke. Auch diese beiden Willen könnten sich nicht in einer Person vereinigen.

Der Begriff des Selbstkontrahierens muß daher engere Grenzen haben. Alle Rechtsgeschäfte, bei denen der Kontrahierende auf beiden Seiten die gleiche Vermögenssphäre vertritt, sind auszuscheiden. Auf einer Seite, als Erklärender oder als Erklärungsempfänger, muß der Kontrahierende Vertreter eines fremden Vermögens sein. Dies ist aber nur beim unmittelbaren Stellvertreter der Fall, d. h. bei demjenigen, der unmittelbar im Namen des Vertretenen und für dessen Rechnung, d. h. für dessen Vermögen tätig wird. Der mittelbare Vertreter kontrahiert zwar auch für fremde Rechnung, er handelt aber im eigenen Namen. Aus dem abzuschließenden Rechtsgeschäft wird zunächst nur er unmittelbar berechtigt und verpflichtet; er ist also in Wirklichkeit zunächst nur Vertreter seines eigenen Vermögens.[3] Es bedarf noch eines weiteren Geschäftes mit dem Vertretenen, damit für und gegen diesen die Wirkungen des vom mittelbaren Vertreter abgeschlossenen Geschäftes eintreten.[4] Ein Selbstkontrahieren ist also nur bei der unmittelbaren Stellvertretung denkbar.[5]

In welcher Weise vollzieht sich nun im allgemeinen das Kontrahieren des Vertreters und wann liegt ein Selbstkontrahieren vor?

Der unmittelbare Stellvertreter vermag auf drei verschiedene Arten Geschäfte zu schließen:

1.) kann er den Vertretenen einem Dritten gegenüber vertreten,
2.) kann er auch den Vertretenen bei der Vornahme eines Rechtsgeschäftes sich selbst gegenüber vertreten,
3.) ist noch der Fall denkbar, daß der Vertreter verschiedene Personen vertritt und als Vertreter der einen Person mit sich als Vertreter der anderen ein Rechtsgeschäft vornimmt.

Die beiden letzten Arten der Stellvertretung, das Kontrahieren einer Person als Vertreter einer anderen mit sich als Eigen-Person und das Kontrahieren einer Person als Vertreter mehrerer anderen bezeichnet man als Selbstkontrahieren.

Das positive Recht kann nun eine verschiedene Stellung zum Selbstkontrahieren einnehmen:

1.) Das positive Recht kennt den Begriff der direkten Stellvertretung nicht; dann ist auch das Selbstkontrahieren ausgeschlossen;
2.) Das positive Recht läßt die direkte Stellvertretung zu; dann ist der Weg für die Zulässigkeit des Selbstkrontrahierens zwar offen, es ergeben sich aber dann weiter die Möglichkeiten:

3) Eck, Sammlung S. 65.
4) Enneccerus, Bd. 1 § 167, I; Planck, Vorbem. 5 zu § 164; Staudinger, Vorbem. 8 zu § 164; Jhering, Bd. 1, S. 274; RG. 58. 276.
5) Vgl. die eingehender Begründung S. 21 ff.

a) daß im jeweils geltenden Recht das Selbstkontrahieren aus rechtspolitischen oder wirtschaftlichen Gründen gänzlich verboten ist, oder
b) daß es beschränkt zugelassen ist, oder schließlich
c) daß die Zulässigkeit unbeschränkt ist.

Aus diesen Betrachtungen folgt, daß wir bei der Frage nach der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens im jeweiligen Recht zuerst zu prüfen haben, ob das betr. Recht den Begriff der direkten Stellvertretung kennt und zuläßt. Erst nach Bejahung dieser Frage erscheint es erforderlich und zweckmäßig, nach der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens zu forschen.

§ 1.

I. Die Stellungnahme des römischen Rechts zur unmittelbaren Stellvertretung.

Im älteren römischen Recht fehlte die unmittelbare Stellvertretung gänzlich. Man kannte nur die Vertretung des Hausvaters durch die seiner Gewalt unterworfenen Hauskinder und durch die Sklaven. Diese Personen konnten das Familienhaupt nur beim Erwerb vertreten.[6] Sie vermochten sowohl Eigentum und iura in re als auch Schuldforderungen für das Familienhaupt zu erwerben. Die Erwerbswirkungen traten aber völlig unabhängig von dem Willen des Vertreters und Vertretenen ein. Die bezeichneten Personen hatten keinen selbständigen Willen; sie waren daher keine unmittelbaren Stellvertreter im heutigen Sinne. Denn für das Wesen der unmittelbaren Stellvertretung ist ein selbständiger Wille des Vertreters erforderlich, der Wille, für den Vertretenen tätig zu werden und für ihn Rechte zu erwerben oder Verpflichtungen einzugehen.[7] Die Haussöhne und Sklaven waren daher lediglich „Erwerbsinstrumente“ [8] des Familienhauptes. Eine Verminderung des Vermögens des Hausvaters war ihnen gänzlich unmöglich.

Das sich im Laufe der Zeit im römischen Recht Eingang verschaffende ius gentium mit seinen formlosen Rechtsgeschäften führte allmählich zu einer teilweisen Zulassung der Stellvertretung. Ihren Ausgangspunkt nahm diese Entwicklung vom Institut des procurators, d. h. des Geschäftsführers eines vornehmen Hauses. Dieser procurator war regelmäßig auf Grund einer allgemeinen Vollmacht für bestimmte Zwecke oder für alle Vermögensangelegenheiten des Hausherrn als Stellvertreter bestellt. Bereits in der frühen Kaiserzeit erkannte man an, daß durch den procurator Besitzerwerb und durch den Besitz vermittelter Rechtserwerb und ebenso Besitz- und Rechtsübertragung möglich sei. Was man dem procurator zugestand, fand später auch für den Vormund und schließlich für jeden Bevoll-

6) Savigny, S. 92 ff.
7) Manigk, Das Anwendungsgeb. der Vorschr. f. die Rechtsgeschäfte, S. 357.
8) Savigny, S. 93

mächtigten als quasi procurator Anerkennung.[9] Im späteren römischen Recht treffen wir daher die unmittelbare Stellvertretung allgemein beim Besitzerwerb, ferner bei den Eigentumserwerbsarten, die sich auf Besitz gründen, wie die „occupatio", „traditio", ebenso bei der Veräußerung, soweit sie im Wege der traditio erfolgte.[10], [11]

Für das Schuldrecht aber blieb es bei dem Grundsatz, daß „contracte" nicht wirksam in fremdem Namen geschlossen werden können, daß sie nur den Kontrahenten berechtigen und verpflichten können.

Eine durchgreifende Reform führte auch der Praetor nicht durch. Als Ersatz für die direkte Stellvertretung gewährte er die „actiones adiecticiae qualitatis",[12] denen er eine weitgehende Ausdehnung gab. Um Fälle direkter Stellvertretung handelte es sich hierbei nicht; denn nach praetorischem Recht haftete aus dem contracte des Vertreters zwar der Geschäftsherr, neben ihm aber auch der Vertreter. Das Forderungsrecht aus dem contract stand dem Vertreter, nicht dem Geschäftsherrn zu.[12a] Wenn diese actiones adieciticiae auch bereits einen Übergang der mittelbaren zur unmittelbaren Stellvertretung darstellen, so fehlt ihnen doch noch das Hauptkennzeichen der direkten Stellvertretung: daß der Vertreter selbst bei seinen Abschlüssen weder richtig erwirbt noch Verpflichtungen eingeht. Diese actiones waren ein „Zwitterding", wie Regelsberger richtig feststellt.[12a]

II. Die Stellungnahme des römischen Rechts zum Selbstkontrahieren.

a) Das „sibi solvere".

Mit der Zulassung der unmittelbaren Stellvertretung in einzelnen Fällen war auch die Voraussetzung des Selbstkontrahierens im römischen Recht für einzelne Fälle gegeben. Vor allem erkannten die Römer das Selbstkontrahieren zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, das „sibi solvere", an. Aus der L. 9, § 5 D. 26,7.[13] ergibt sich, daß der Vertreter

9) endgültig seit Justinian, vgl. Sohm-Wenger, § 45 S. 244 ff.; Jörs S. 69, IV.

10) Savigny, S. 94; Wenger, S. 159; Karlowa, 2. Bd. 1. Teil, S. 1121 ff.; Sohm-Wenger, § 45 S. 244 ff.; Jörs, S. 69, IV.

11) Aus der Zulässigkeit des Stellvertretung bei Besitz und Eigentumsübertragung folgt, daß auch beim mutuum, das auf Eigentumserwerb einer bestimmten Quantität fungibler Sachen gerichtet war, Stellvertreter auf der Schuldner- und Gläubigerseite möglich gewesen sein muß. (Vgl. Wenger, S. 157 ff.; ebenso Heilfron, S. 302).
Wenger stellt fest, daß die direkte Stellvertretung auch bei der Einmahnung von Forderungen, der Kündigung einer Societas, beim pactum de non petendo und vor allem bei der solutio anerkannt wurde (vgl. Wenger, S. 159 ff.).

12) Die actiones adiectioiae qualitatis waren: die actio quod iussu; die actio de peculio; die actio tributoria; die actio de in rem verso; die actio institutoria; die actio exercitoria.

12a) Regelsberger, Pandekten, S. 590.

13) L. 9, § 5 D. 26, 7; „Sicut autem solvere tutor quod debet, ita exigere quod sibi debetur potest, si creditor fuit patris pupilli; nam et sibi solvere potest, si modo fuit pecunia unde solvat, et si usurae fuerunt, graviores quae ei debebantur,

an sich selbst zahlen durfte und zwar sowohl dann, wenn er Schuldner und der von ihm Vertretene sein Gläubiger, als auch in dem Falle, wenn er Gläubiger und der Vertretene sein Schuldner war; denn in der angeführten Stelle ist ausgesprochen, daß der Vormund, falls er Gläubiger des Mündels war, beim Vorhandensein genügender Barmittel die Schuld durch Leistung an sich selbst zu begleichen hatte, sonst wurde der Mündel von der Zinsschuld befreit. Ferner sagte die Stelle, daß der tutor, der seinem Mündel höhere als pupillarische Zinsen schuldete, diese weiterhin zu entrichten hatte, wenn er nicht nach Fälligkeit in seiner Eigenschaft als Schuldner an sich selbst als Vertreter des Gläubigers zahlte.

Ebenso ist aus der L. 5, § 4 D. 26,7 [14] in Verbindung mit der L. 7, § 5 D. 26, 7 [15] auf die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens des Vertreters zu schließen; denn diese Stellen besagen, daß der tutor, der dem verstorbenen Vater seines Mündels etwas schuldete und die Schuld nicht sofort nach Fälligkeit durch Leistung an sich selbst als Vertreter des Mündels beglich, mit der actio tutelae belangt werden konnte.

Die L. 31, S. 17, 1 [16] erklärt den Generalmandatar für verpflichtet zum „sibi solvere" und erkennt damit ebenfalls die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens an.

Weitere Aussprüche des „An-sich-selbst-Zahlens" des Vertreters finden sich in der L. 5, § 4 D. 26, 7 und der L. 5, § 14 D. 3, 5.

Die betrachteten Stellen ergeben also klar, daß der Vertreter im römischen Recht die Schuld durch Zahlung an sich selbst begleichen konnte, sowohl wenn er Gläubiger, als auch wenn er Schuldner des Vertretenen war. [17]

relerabitur eius pupillus, quia tutor se potuit liberare, sicut aliis quoque solvere et potuit et debuit." Vgl. ferner L. 9, § 3 D. 26, 7.

14) L. 5, § 4 D. 26, 7: „Debitor patris, qui tutelam administravit filii, tutelae indicio tenebetur etiam ob id quod patri debuit."

15) L. 7, § 5 D. 26, 7: „Vertisse in suos usus non accipimus eum, qui debitor patris pupilli fuit, deinde ipse sibi non solvit: hic eum eos usuras praestabit, quas patri promiserat."

16) L. 31, D. 17, 1: „Si negotia mea mandavero gerenda ei, qui mihi actione in quadruplum tenebatur, post annum vero in simplum, etsi post annum cum eo mandati agam, praestare mihi quadruplum debebit: nam qui alterius negotia administranda suscipit, id praestare debet in sua persona quod in aliorum."

17) Es muß dem Vertreter auch möglich gewesen sei, im Wege des Selbstkontrahierens Eigentum von sich auf den Vertretenen und umgekehrt zu übertragen; denn sonst wäre das An-sich-selbst-Leisten zwecklos gewesen. Die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung ergibt sich aber auch aus der L. 34 D. 3, 5. In dieser Stelle ist für den Ehemann, der für seine geschiedene Ehefrau ohne Auftrag weiterhin tätig war, die Pflicht zum „solvere" ausgesprochen. Unter der dort erwähnten „dos" kann man nicht ausschließlich Geld verstehen. Daraus ergibt sich also die Möglichkeit, auch an anderen Sachen als Geld Eigentum zu übertragen. Durch diese Selbstzahlungen des Vertreters trat auch Liberation ein. Die römischen Quellen enthalten zwar keinen ausdrücklichen Ausspruch einer Liberationswirkung. Aus allgemeinen praktischen Erwägungen heraus muß man jedoch zu der Annahme gelangen, daß bei diesen Selbstzahlungen sofort mit der Leistung auch die Schuld getilgt wurde. Denn die Zulassung der Selbzahlungen und die Eigentumsübertragung an sich selbst wäre sinnlos gewesen, wenn nicht damit auch eine Liberation verbunden gewesen wäre.

b) Das „sibi scribere".

Eine weitere Zulassung des Selbstkontrahierens findet sich in der L. 9, § 7 D. 26, 7:

„non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, ut Marcellus libro octava Digestorum scribsit: seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuam proscribendo."

Die Bedeutung dieser Stelle ist allerdings bestritten.[18] Die herrschende Meinung sieht darin den Ausspruch der Wirksamkeit eines durch Selbstkontrahieren gewährten Darlehens enthalten. Außerdem erkennt man bei der Betrachtung dieser Stelle, daß für ein Darlehen eine Formvorschrift, das „scribere", bestand: „sibi mutuam proscribendo". Nur bei Beachtung dieser Form konnte eine Geldentnahme des Vertreters als Darlehen gelten.

c) Der Auktionskauf.

Auch beim römischen Auktionskauf war das Selbstkontrahieren erlaubt. Zwar sagt die L. 34, § 7 D. 18, 1,[19] daß dem Vertreter der gewöhnliche Kauf von Sachen des Vertretenen durch Selbstabschluß im allgemeinen untersagt war. Verstieß er gegen diese Vorschrift, so mußte er die Sache zurückgewähren und den vierfachen Wert ersetzen. Der Grund für dieses Verbot ist aber lediglich in dem Mangel eines Normalpreises, eines Marktpreises, in Rom zu erblicken.[20] Die Angemessenheit eines Kaufpreises war daher nur schwer nachzuprüfen. Man sah deshalb mit Recht in der allgemeinen Zulassung des Selbstkontrahierens beim Kauf eine Gefährdung der Interessen des Vertretenen. Beim auktionsweisen Verkauf dagegen bestanden diese Bedenken nicht, da der Vertreteter, um die ausgebotene Sache erwerben zu können, das höchste Gebot abgeben mußte. Damit war also eine Kontrolle möglich und eine Schädigung des Vertretenen ausgeschlossen. Man ließ es daher zu, daß der Vertreter bei Auktionskäufen Sachen des Vertretenen erwarb und den Zuschlag, falls er die Versteigerung selbst vornahm, an sich selbst erteilte. Dies folgt aus der L. 2, § 8 D. 41, 4.[21] Es ist in dieser Stelle der Fall behandelt, daß ein Vormund Sachen des von ihm vertretenen Mündels versteigert. Eine der von ihm versteigerten Sachen gehört dem Mündel nicht. Der Vormund erwirbt diese Sache nun in der Annahme, es handle sich um eine Sache des Mündels. Für diesen Fall gewährte die bezeichnete Stelle dem Vormund die

18) Bechmann II, S. 589; Lepa, S. 241; Muskat S. 529.

19) L. 34, § 7, D. 18, 1: „Tutor rem pupilli emere non potest: idemque porrigendum est ad similia, id est ad curatores procuratores et qui negotia aliena gerunt".

20) Rümelin, S. 210.

21) L. 2, § 8 D. 41, 4: „Tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse emit. Servius ait posse eum usucapere: in cuius opinionem decursum est eo, quod deberior causa pupilli non fit, si propius habeat emptorem, et si minoris emerit tutolae iudicio tenebitur ac si alii minoris addixisset: idque et a divo Traiano constitutum dicitur."

Ersitzung mit dem Titel „pro emptore". Aus der Tatsache, daß der Vormund in einem solchen Falle ersitzen konnte, muß geschlossen werden, daß der Vormund die Sache sofort zu Eigentum erwerben konnte, falls sie vorher im Eigentum des Mündels gestanden hatte.

Eine entsprechende Anerkennung des Selbstkontrahierens finden wir in der L. 2, § 9 D. 41, 4 [22]) für den Procurator und den negotiorum gestor. Auch die Personen konnten Sachen, die sie für den Geschäftsherrn versteigerten, selbst erwerben und auch ersitzen, wenn sie nicht Eigentum des Vertretenen waren. Die Worte „si alii addixisset" weisen deutlich darauf hin, daß der Vertreter der einzige Handelnde bei der Versteigerung war. [23])

d) Die Novelle 72.

Wichtig für die Frage der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens im römischen Recht ist schließlich noch Justinians Novelle 72. Nach den Kapiteln I, IV und V [24]) dieser Novelle konnte eine Person, die durch ein Schuldverhältnis mit einer anderen Person verbunden war, nicht Vormund über diese werden. Handelte sie diesem Verbot zuwider, so vermochte sie sich als Schuldner von ihrer Schuld nicht

22) L. 2, § 9 D. 41, 4: „Procuratorem quoque, qui ex auctione, quam mandate domini facit, emerit, plerique putant utilitatis causa pro emptore usucapturum, idem potest dici et si negotia domini gerens ignorantis emerit propter eandem utilitatem."

23) Zweifel sind dagegen bei der Frage enstanden, ob auch der Vormnnd die Versteigerung allein vornehmen konnte; Lepa und Bechmann sind der Ansicht, daß der Vormund für die Auktion Hilfspersonen zuziehen mußte. Dagegen spricht jedoch die Tatsache, daß procurator und negortiorum gestor die Versteigerung allein vornehmen konnten, auch wenn sie selbst Sachen des Vertretenen erwarben. Was diesen Personen erlaubt war, mußte auch dem Vormund möglich sein. Aus dieser allgemeinen Erwägung heraus ist also die Ansicht Lepas und Bechmanns abzulehnen. Mit Recht führen Hupka, Römer und Rümelin zu dieser Ansicht an, die Worte „ac si alii minoris addixisset" und „auctione, quam mandatu domini facit" in den L. 1, 2, § 8 und D. 41, 4 sprächen dafür, daß auch der Vormund den Auktionskauf selbst vornehmen konnte.

24) Kapitel I: „Haec omnia lege corrigere volumus, et insuper illud, si quis minoren vel res eius sibi obligatus habeat, ut hic nullo modo ad tutelam eius accedat etsi a legibus vocatur. Quid enim ille in suam utilitatem non faceret, qui dominus sui ipsius et rerum adversarii factus est? Quare etiam illud sancimus, siappertissime constet, tutorem minori obligatum esse, ut neque is tutor sit, ne forte aut instrumentum subripiat, aut alias probationes, quas minor habet, subducat, eique tutela in rerum suarum perniciem cedat. Hoc igitur verta lege comprehendatur, ut nemo, qui res defuncti et minorem ipsum eiusve res obligatus se habere dicit, aut aperte illi obligatus est, at tutelam eius accedat et licentiam tale quid faciendi habeat."

Kapitel IV: „Si vero initio hoc tacuerit et tutor factus sit, omni actione adversus minorem, etsi vera sit, se casurum esse sciat, quod de industria contra hanc nostram legem id dissimulaverit. Si vero quis cum manifeste obligatus esset, tacuerit, ille quoque hanc poenam se subiturum esse sciat, quod numerationibus vel aliis solutionibus tempore forte tutelae dolose adornatis debito se eximere non possit."

Kapitel V: „Si vero quis, ut dictum est, curator factus res minoris perscrutatus fuerit, atque effecerit, ut cessiones sibi ipsi vel per donationem, vel per venditionem vel alio quocumque modo fierent, sciat, omnino irritum esse quod ab eo geritur; nec per se nec per interpositam personam tale quid faciat, sed illa plane invalida sint, perinde ac si plane non essent facta."

zu befreien, solange die Vormundschaft bestand. War der Vormund Gläubiger, so sollte die Schuld des Mündels sogar wegfallen. Diese Regelung zwingt zu dem Schlusse, daß es dem Vormund verwehrt war, ein Schuldverhältnis mit seinem Mündel im Wege des Selbstkontrahierens herbeizuführen. Für eine allgemeine Ausdehnung dieser Vorschrift auf andere Vertretungsfälle fehlt indessen jeder Anhaltspunkt. Man muß daher folgern, daß dieses Verbot für andere Vertreter nicht bestand.

§ 2.

Die Stellungnahme des gemeinen Rechts zur unmittelbaren Stellvertretung und zum Selbstkontrahieren.

Das gemeine Recht hat die direkte Stellvertretung zugelassen. Über die rechtliche Konstruktion der Stellvertretung herrschte aber großer Streit. Die Savigny'sche, die Mitteis'sche und die Repräsentationstheorie beschäftigen sich mit dieser Streitfrage. Diese Theorien sollen aber erst bei der Betrachtung der Stellvertretung im heutigen Recht einer Kritik unterzogen werden, weil mit dieser Stellungnahme auch die juristische Konstruktion des Selbstkontrahierens im modernen Recht in unmittelbarem Zusammenhange steht.

Mit der Zulässigkeit der direkten Stellvertretung im gemeinen Recht war also der Weg zur allgemeinen Anerkennung des Selbstkontrahierens offen. Trotzdem sucht man vergeblich nach einem allgemeinen Ausspruch. Das gemeine Recht, das seine Grundlage im römischen Recht hat, hat der Zahl der den Römern bereits bekannten Einzelfälle des Selbstkontrahierens keine neuen hinzugesetzt. Es kommen daher für das gemeine Recht nur die den Römern bekannten Fälle, die wir bereits kennen lernten, in Frage. Die Zulässigkeit dieser wenigen Fälle des Selbstkontrahierens muß aber für das gemeine Recht auf jeden Fall bejaht werden. Der corpus juris canonici enthält zwar in den Schlußworten des Kapitel 7, X, 3, 7 [25] den Ausspruch der Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens. Man darf dieser Stelle aber keine Bedeutung beilegen. Mit Recht weist Rümelin [26] darauf hin, man könne aus den Bemerkungen des Bartolus zu dieser Stelle schließen, daß eine Abänderung des römischen Rechts nicht vorliege. Da im corpus juris canonici sonstige Verbote oder Hinweise auf ein bestehendes allgemeines Verbot des Selbstkontrahierens nicht zu finden sind, kann diese Stelle allein die Frage des Selbstkontrahierens im gemeinen Recht nicht entscheidend beeinflussen.

25) Kapitel 7, X, 3, 7: Illud autem nolumus vos ignorare, quod postquam „idem" M. fuit abbas effectus praedictam custodiam de jure non potuit obtinere, quam quum ratione abbatiae ad ipsum pertineat donatio tam custodiae quam aliarum dignitatum ac etiam praebendarum in ecclesia Patranensi custodiam ipsam recipere non potuit a se ipso, quam inter dantem et accipientem debeat esse distinctio personalis; sed nec ab alio quum jus conferendi alius no haberet."

26) Rümelin, S. 217.

Die bekannten Fälle des Selbstkontrahierens waren aber für die gesteigerten Bedürfnisse des Verkehrs unzureichend. Daher wäre es die Aufgabe des gemeinen Rechts gewesen, die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens, wenn auch nicht allgemein, so doch in weit größerem Umfang als im römischen Recht, zuzulassen. Dies ist aber nicht der Fall gewesen. Man kann auch nicht, wie es Rümelin[27] tut, mit Analogieschlüssen arbeiten und unter Berücksichtigung der neuen Vertragsformen zu dem Rümelin'schen Ergebnis kommen, daß Selbstabschlüsse im gemeinen Recht grundsätzlich zulässig gewesen seien, wenn:

a) das Selbstkontrahieren deutlich erkennbar und bei dem Selbstkontrahenten der Wille, sich zu binden, vorhanden gewesen sei,
b) das Rechtsgeschäft bei seinem Abschluß nachweisbar dem Interesse des Vertretenen entsprochen habe.

Eine solche analoge Anwendung bestehender Gesetzbestimmungen ist nur dann möglich, wenn bestimmten, für einzelne Fälle gegebenen Vorschriften ein gemeinsames Prinzip zugrunde liegt, das die gesamte Rechtsordnung beherrscht und daher allgemein zur Anwendung kommen muß, wenn es auch nur in einzelnen Stellen des Gesetzes zum Ausdruck kommt. Bei der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens handelte es sich aber weder im gemeinen noch im römischen Recht um ein solches, das gesamte Rechtsgebiet beherrschende Prinzip.

Auch wenn man davon absieht, daß eine analoge Anwendung im Rümelin'schen Sinne nicht gegeben ist, kann man sich dem Ergebnis Rümelins nicht anschließen; denn die Grenzen, die er dem Selbstkontrahieren setzt, sind zu willkürlich und zu weit. Rümelin fordert allgemein — nicht nur für bestimmte Fälle, wie z. B. für dingliche Rechtsgeschäfte — die deutliche Erkennbarkeit des Selbstkontraktes. Damit scheidet er Fälle, bei welchen die Gefahr der Übervorteilung des Vertretenen durch den Vertreter überhaupt nicht vorhanden, aber eine äußerliche Erkennbarkeit nicht möglich ist, ohne weiteres aus und zwingt den Selbstkontrahenten zur Beobachtung äußerlicher Formen. Ein solches Ergebnis kann aber für das gemeine Recht nicht mehr gebilligt werden.[28]

Der von Rümelin beim Selbstkontrahieren weiterhin verlangte ernstliche Bindungswille ist eine selbstverständliche Voraussetzung, die bei jedem Rechtsgeschäft, insbesondere also auch bei den vom Vertreter abgeschlossenen Geschäften vorhanden sein muß; denn das Wesen der Stellvertretung liegt, wie Manigk[29] richtig ausführt, gerade darin, daß der Vertreter den ernstlichen Willen hat, sich vertraglich zu verpflichten, und daß er hierbei für den Vertretenen tätig zu sein gewillt ist. Der Bindungswille kann also keine besondere Voraussetzung des Selbstkontrahierens sein.

27) Rümelin, S. 231 ff.
28) Vgl. die eingehenderen Ausführungen für d. B.G.B auf S. 24 ff.
29) Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, S. 298 ff.; S. 319; S. 355/356; S. 857; S. 374.

Auch Rümelins letzter Forderung, daß das Rechtsgeschäft wahrnehmbar mit den Interessen des Vertretenen im Einklang stehe, kann man nicht zustimmen. Eine solche Prüfung ist beim Selbstkontrahieren schwer, für Außenstehende sogar häufig ganz unmöglich.

Die von Rümelin dem Selbstkontrahieren gesetzten Grenzen sind aber auch noch zu weit; denn sie schließen die Gefahr einer Schädigung des Vertretenen durch den Vertreter nicht aus. Es müssen daher genauere und engere Grenzen gezogen werden, innerhalb deren der Selbstkontrahent tätig werden darf. Das Reichsgericht[30] hat schon zur Zeit der Geltung des gemeinn Rechts dem Selbstkontrahenten engere Grenzen gesetzt und das Selbstkontrahieren dann ausgeschlossen:

1.) wenn ein positives gesetzliches Verbot besteht,
2.) wenn die Vollmacht nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Vollmacht erteilenden Partei sich nicht soweit erstreckt,
3.) wenn die Zurücknahme der beim Selbstkontrahierungsakt abgegebenen Willenserklärung einseitig möglich ist,
4.) wenn der Selbstkontrahent dolos handelt.

§ 3.

Die Stellung des heutigen Rechts zur unmittelbaren Stellvertretung und zum Selbstkontrahieren.

Das B.G.B. hat die direkte Stellvertretung in den §§ 164 ff. zugelassen. Ebenso sahen die Entwürfe zum B.G.B. die unmittelbare Stellvertretung vor. Damit ist der Weg für die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens geebnet. So ist denn auch im B.G.B. das Selbstkontrahieren in begrenztem Umfang gestattet. Wie zögernd und schwankend man aber auch bei der Zulassung des Selbstkontrahierens für das moderne Recht war, ergibt ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

I. Der Entwurf I.

Der Entwurf I enthielt eine Reihe von Verboten des Selbstkontrahierens.

§ 45 S. 1 bestimmte:

„Bei einem nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehenden Rechtsgeschäfte zwischen der Körperschaft und einem Mitglied des Vorstandes, sowie bei einem Rechtsstreit zwischen denselben, ist das beteiligte Mitglied von der gesetzlichen Vertretung der Körperschaft ausgeschlossen."

Diese Bestimmung fand nach § 50 Abs. 4 auch auf den Liquidator und nach § 61 auf die Stiftung Anwendung.

30) RG. 6, 11.

Ein Verbot sprach auch der § 468 des Entwurfes I aus:
„Die mit der Vornahme oder Leitung eines Verkaufs im Wege der Zwangsvollstreckung beauftragte Person sowie die von dieser Person bei Erledigung des Auftrags zugezogenen Gehilfen mit Einschluß des Protokollführers dürfen den zum Verkauf bestimmten Gegenstand weder persönlich noch durch einen anderen kaufen".

Nach § 828 sollte der Grundbuchordnung die Vorschrift vorbehalten bleiben, daß derjenige nicht zur Bewilligung einer Eintragung bevollmächtigt werden könne, der durch die Eintragung ein Recht erwerben konnte."

Für den Vormund eines Minderjährigen findet sich im § 1651 ein Verbot des Selbstkontrahierens. Diese Vorschrift lautet:

„Der Vormund ist von der gesetzlichen Vertretung des Mündels ausgeschlossen:

1.) bei Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Vormund selbst einerseits und dem Mündel andererseits, mit Ausnahme solcher Rechtsgeschäfte, welche ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen,

2.) bei Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Mündel und einer anderen von dem Vormund vertretenen Person,

3.) bei Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten, welche die Übertragung oder die Belastung einer dem Mündel gegen den Vormund zustehenden, durch Pfandrecht oder Bürgschaft gesicherten Forderung oder die Aufhebung oder Minderung dieser Sicherheit oder die Begründung der Verpflichtung des Mündels zu einer solchen Übertragung oder Belastung, Aufhebung oder Minderung zum Gegenstand haben,

4.) in Angelegenheiten, für welche das Vormundschaftsgericht dem Vormunde die Vertretung entzogen hat; eine solche Entziehung soll nur dann erfolgen, wenn das Interesse des Mündels zu dem Interesse des Vormunds oder zu dem Interesse einer anderen, von dem Vormund vertretenen Person oder einer mit dem Vormund in gerader Linie verwandten Person oder des Ehegatten des Vormunds in erheblichem Gegensatz steht."

Die vorstehende Bestimmung sollte auch auf den Inhaber der elterlichen Gewalt, bei der Vormundschaft über Volljährige und bei der Pflegschaft Anwendung finden (§§ 1503 Abs. 1, 1728, 1743).

Dagegen wurde das Selbstkontrahieren in einer Anzahl anderer Bestimmungen zugelassen. Der § 805 Abs. 2 sprach aus:

„Ist der bisherige Besitzer berechtigt, den anderen in Ansehung des Besitzerwerbs zu vertreten, so genügt zum Besitzerwerb des anderen jede Handlung des bisherigen Besitzers, durch welche der letztere den Willen kundgibt, die tatsächliche Gewalt fortan für den anderen auszuüben."

Einen Fall des Selbstkontrahierens enthielt auch der § 1326, Abs.2:

„Ist die Ehefrau selbst zum Vormund (des Ehemanns) bestellt, so ist sie in Ansehung der zur Vornahme ihrer Rechtsgeschäfte und zur Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten erfoderlichen Einwilligung des Ehemanns von dessen Vertretung nicht ausgeschlossen."

Während diese Bestimmung die Vertretung beim gesetzlichen Güterrecht regelte, fanden sich für die vertraglichen Gütergemeinschaften in den §§ 1370, 1417 entsprechende Vorschriften.

Ferner bestimmte der § 1168:

„Ist Geld Gegenstand des Pfandrechts und hat der Pfandgläubiger das Geld in seiner Innehabung, so erlangt er mit dem Eintritt der im § 1165 Abs. 2 bezeichneten Voraussetzungen die Befugnis, sich wegen der fälligen Forderung aus dem Gelde zu befriedigen. Ist der Pfandgläubiger verpflichtet, das Geld in Zahlung anzunehmen, so erlangt der Eigentümer mit dem Eintritt jener Voraussetzungen die Befugnis, von dem Pfandgläubiger zu verlangen, daß er sich daraus befriedige. Die Befriedigung ist mit dem Zeitpunkte als bewirkt anzusehen, in welchem der Pfandgläubiger gegenüber dem Eigentümer erklärt, sich aus dem Geld befriedigen zu wollen, oder der Eigentümer gegenüber dem zur Annahme des Geldes in Zahlung verpflichteten Pfandgläubiger erklärt, daß er dessen Befriedigung aus dem Gelde verlange."

Schließlich war auch im § 1173 des I. Entwurfs das Selbstkontrahieren anerkannt, weil nach dieser Vorschrift der Pfandgläubiger berechtigt war, bei der Versteigerung mitzubieten. Bei Erteilung des Zuschlags an ihn sollte der Kaufpreis als von ihm empfangen gelten.

Es ist also festzustellen, daß der I. Entwurf in einer Reihe von Bestimmungen das Selbstkontrahieren zuließ und in keiner Gesetzesstelle das Selbstkontrahieren prinzipiell ausschloß. Allerdings entbehrte er auch eines über einzelne spezielle Fälle hinausgehenden allgemeinen Ausspruchs der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens. Trotzdem aber ist bei dem I. Entwurf von der allgemeinen Zulässigkeit des Selbstkontrahierens auszugehen; denn aus den Motiven[31] ist zu ersehen, daß man die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens für eine sich aus allgemeinen Grundsätzen ergebende selbstverständliche Folge ansah. Daher hielt man eine entsprechende allgemeine Bestimmung im Gesetz für überflüssig. Wegen der meistens beim Selbstkontrahieren für den Vertretenen bestehenden Gefahr der Schädigung durch den Vertreter erachtete man einen solchen Ausspruch allgemeiner Zulässigkeit auch nicht für unbedenklich. Bei Bearbeitung des I. Entwurfs sah man es daher für die zweckmäßigste Lösung an, von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Selbstkontrahierens auch ohne eine allgemeine Gestattungsnorm auszugehen und es nur da zu verbieten, wo besondere Gründe die Ausschließung forderten.

31) Mot. Bd. I, S. 224.

II. Der Entwurf II.

Eine andere Stellung nahm der Entwurf II ein. Man widmete bei den Beratungen zum II. Entwurf der Gefahr der Schädigungen des Vertretenen beim Selbstkontrahieren größere Beachtung.[32] Dieser Gefährdung des Vertretenen gegenüber erschienen die Vorteile eines unbeschränkt zulässigen Selbstkontrahierens gering. Deshalb schloß man in § 149 des II. Entwurfs das Selbstkontrahieren grundsätzlich aus und ließ es nur ausnahmsweise bei besonderer Erlaubnis und bei Erfüllungsgeschäften zu.

III. Das B.G.B.

Das B.G.B. hat sich den Standpunkt des § 149 des II. Entwurfs im § 181 zu eigen gemacht. Dieser lautet in Übereinstimmung mit § 149 des II. Entwurfs:

„Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht."

1. Die juristische Konstruktion der unmittelbaren Stellvertretung und des Selbstkontrahierens.

Ein lebhafter Streit herrscht sowohl im gemeinen als auch im heutigen Recht über die Frage, wie das Selbstkontrahieren juristisch aufzufassen ist, ob hierbei der Abschluß eines wirklichen Vertrags möglich sei, oder ob nur einseitige, nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte vorgenommen werden können, denen Vertragswirkungen zukommen. Die meisten der zu dieser Streitfrage Stellung nehmenden Ansichten gehen von der juristischen Konstruktion der direkten Stellvertretung aus. Daher erscheint es notwendig und zweckmäßig, jetzt — und zwar erst hier im unmittelbaren Zusammenhang mit der näheren Betrachtung des Selbstkontrahierens — zu der vor allem im gemeinen Recht sehr umstrittenen Frage des Wesens der direkten Stellvertretung Stellung zu nehmen.

Nach der Savigny'schen Theorie,[33] die auch von Dernburg,[34] Ruhstrat,[35] Scheurl[36] und Hellmann[37] vertreten wird, ist nicht der Vertreter, sondern nur der Vertretene der Handelnde. Den Vertreter hält Savigny nur für einen Boten, ein Werkzeug in des Vertretenen Hand, dessen Wille er zu übermitteln habe. Savigny führt als Grund für diese Ansicht an, daß dem Vertreter auch bei noch so großer Bewegungsfreiheit doch immer gewisse Schranken vom Vertretenen gesetzt würden. Wenn er nun innerhalb dieser

32) Gareis, Allgem. Teil, S. 215.
33) Savigny, Bd. II, S. 59 ff.
34) Dernburg, Bd. I, S. 117, II, 1 und Anm. 9.
35) Ruhstrat, S. 150.
36) Scheurl, Bd. II, S. 19.
37) Hellmann, S. 145.

vom Vertretenen gezogenen Grenzen tätig werde, so greife er nur einen der vom Vertretenen bereits gefaßten Willensentschlüsse heraus und übermittle diesen. Ein eigener Willensentschluß des Vertreters sei niemals denkbar. Aus diesem Grunde müsse auch ein Unterschied zwischen dem Vertreter und dem Boten verneint werden.

Bei Anerkennung dieser Theorie ergäben sich für die Konstruktion des Selbstkontrahierens keinerlei Schwierigkeiten. Es ständen sich immer der Vertretene, der durch den Vertreter selbst tätig wird, und der Vertreter gegenüber. Beim Kontrahieren lägen dann immer Willensentschlüsse verschiedener Personen vor. Es wäre daher der Abschluß von Verträgen und die Vornahme sonstiger Rechtsgeschäfte ohne weiteres möglich.

Die Savigny'sche Theorie ist aber nach unserer Ansicht zu verwerfen. Der Vertreter geht beim Kontrahieren von selbständigen Erwägungen und Entscheidungen aus und ist nicht lediglich Bote. In vielen Fällen bestellt jemand nur deshalb einen Vertreter, weil es ihm aus irgend welchen Gründen unmöglich erscheint, bestimmte Vertragsverhandlungen selbst zu führen und selbst Entschlüsse zu fassen. Er muß sich in solchen Fällen darauf beschränken, dem Vertreter die zum Vertragsabschluß erforderliche Übersicht über die Geschäftslage und seine Geschäftsbedürfnisse zu geben. Den endgültigen Entschluß muß er dem Vertreter überlassen. Es ist in solchen Fällen meist undenkbar, daß der Vertretene sich des Vertreters als Überbringer seines Willens bedient; denn die Bedingungen des zukünftigen Geschäfts sind häufig dem Vertretenen noch unbekannt, sodaß eine Stellungnahme für ihn ausgeschlossen ist. Es kommt dann allein auf den vom Vertreter zu fassenden Entschluß an. Zwar hat der Vertreter bisweilen nach bestimmten, ihm vom Vertretenen gegebenen Richtlinien oder Weisungen zu handeln, aber auch dann handelt er bei dem schließlichen Abschluß des Rechtsgeschäfts nach eigenem Willensentschluß.

Am klarsten erkennt man die Unrichtigkeit der Theorie Savigny's bei der Betrachtung der Vertretung geschäftsunfähiger und beschränkt geschäftsfähiger Personen. Wäre es richtig, daß der Vertreter nur den Willen des Vertretenen erklärt und er einen eigenen Entschluß nicht faßt, so wäre eine Vertretung geschäftsfähiger oder beschränkt geschäftsfähiger Personen ausgeschlossen, denn diese können keinen eigenen rechtlich erheblichen Willen fassen.[38] Ein derartiges Ergebnis ist aber ohne weiteres abzulehnen. Es würde im Widerspruch zum Gesetz stehen, das das Handeln des Vaters, des Vormundes und des Pflegers im Namen Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger zuläßt.

Eine zweite zur Vertretung Stellung nehmende Theorie wird von Mitteis[39] und Crome[40] vertreten. Sie sieht das Wesen der Vertretung in dem Zusammenwirken zweier Willen, dem Willen des Ver-

38) So auch Muskat S. 515.
39) Mitteis, S. 109.
40) Crome, S. 455.

tretenen und des Vertreters. Daher bestreitet sie, daß bei der Stellvertretung nur eine Person Willensentschlüsse faßt. Gegenüber dieser Theorie ist zwar zuzugeben, daß häufig ein Zusammenwirken zwischen Vertreter und Vertretenem stattfindet. Daraus kann man aber nicht folgern, daß der Vertreter auch bei seinem Willensentschluß mit dem Vertretenen zusammenwirkt. Vor allem ist ein solches gemeinsames Handeln des Vertreters und des Vertretenen bei der Vertretung Geschäftsunfähiger und beschränkt Geschäftsfähiger gänzlich ausgeschlossen. Wir müssen daher auch diese Theorie ablehnen.

Dagegen führt die Repräsentationstheorie, die im gemeinen Recht herrschend gewesen ist, allein zu richtigen Ergebnissen. [40a] Sie sieht den Vertreter als den Handelnden an. Nach dieser Theorie ist eine Vertretung geschäftsunfähiger oder beschränkt geschäftsfähiger Personen denkbar. Mit Recht hat daher die Mehrheit der Schriftsteller im gemeinen Recht diese Theorie vertreten.

Dem modernen Recht ist der Begriff der Stellvertretung dagegen so geläufig, daß es für uns keiner Theorie zur Erklärung der Stellvertretung mehr bedarf. Wie Manigk [41] richtig feststellt, verstehen wir heute unter dem Handeln in fremdem Namen, d. h. unter der direkten Stellvertretung, daß der Vertreter die Wirkungen des durch ihn abgeschlossenen Rechtsgeschäfts nicht für sich, sondern für den Vertretenen erzeugen *will*. „Der Vertreter muß wesentlich den Willen haben, daß die von ihm zunächst überhaupt zu wollenden Wirkungen seines Geschäfts in der Person des Vertretenen eintreten." [42] „Das Handeln geschieht bei Rechtsgeschäften in der Tat dann in fremdem Namen, wenn der Handelnde dem von den Wirkungen des Geschäfts Betroffenen, also insbesondere dem Gegenkontrahenten, zu erkennen gibt, daß die erstrebten Wirkungen nicht ihn — den Gegenkontrahenten —, sondern eine dritte, von ihm durch Benennung induvidualisierte Person treffen sollen. Akzeptiert der andere Teil diese Erklärung, so enstehen die Wirkungen des Geschäfts lediglich zwischen ihm und dem bezeichneten Dritten [43]." „Der Vertretene delegiert das Recht der autonomen Bestimmung auf seinen Vertreter; dieser gibt seine Stellung dem Dritten auch kund und schließt so das Geschäft. *Daß die Wirkungen sich dann auf den Geschäftsherrn beziehen, kann für die moderne Rechtswissenschaft nichts Rätselhaftes mehr enthalten.*" [44] Hieraus zieht Manigk den richtigen Schluß, daß man zur Erklärung der Stellvertretung heute „weder zu einer Repräsentationstheorie, noch zu einer Fiktionstheorie Zuflucht zu nehmen" brauche.

40a) Nach Schloßmanns Ansicht genügt keine der „Konstruktionen" den Anforderungen einer wissenschaftlichen Theorie. Schloßmann, Bd. I, S. 210.

41) Manigk, Das Anwendungsgeb.d.Vorschr.f.d.Rechtsgesch., S. 355/356; S. 357; S. 374.

42) Manigk, S. 357.

43) Manigk, S. 319.

44) Manigk, S. 322.

Durch die Festellungen Manigks erledigen sich für das moderne Recht ohne weiteres die Ausführungen Windscheids und Hellmanns zur Frage, wie es zu erklären ist, daß das vom Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft für und gegen den Vertretenen wirkt. Windscheid [45] will die Willenserklärung des Vertreters als vom Vertretenen abgegeben fingiert sehen. Hellmann [46] denkt sich den Vertretenen in die Stelle des Vertreters hinein. Daher gelten nach seiner Ansicht die vom Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte als vom Vertretenen in eigener Person abgeschlossen.

Wir haben jetzt die juristische Konstruktion des Selbstkontrahierens zu untersuchen, die im gemeinen und modernen Recht bestritten ist. Die Mehrheit der Schriftsteller, [47] die teilweise von der Repräsentationstheorie ausgehen, hält den Abschluß eines wirklichen Vertrages durch den Selbstkontrahenten für unmöglich, weil der Vertreter nicht die hierzu erforderliche Willenserklärung abgeben könne. Der Vertreter könne weder mehrere Willen in sich selbst fassen, noch diese Willen in Übereinstimmung bringen und sich selbst gegenüber erklären. Nach ihrer Ansicht ist daher nur die Abgabe nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen beim Selbstkontrahieren denkbar, denen das Gesetz Vertragswirkungen verleiht. Von den beiden Fällen des Kontrahierens, die wir in der Einleitung kennen lernten, lassen sie nur einen zu. Bechmann [48] ist der Meinung, der Vertreter vermöge in sich nur e i n e n Willensentschluß zu fassen. Zwar könne er bei seinen Überlegungen die beiderseitigen, widersprechenden Interessen ausgleichen; das Ergebnis dieser Überlegungen sei aber immer nur e i n Wille. Niemals könne der Vertreter „seine Seele in zwei Hälften spalten und diese Hälften miteinander verhandeln und kontrahieren lassen". Daher sei auch ein Vertragsabschluß nicht möglich, da dieser die Einigung m e h r e r e r Willen zur Voraussetzung habe.

Ähnlich wie Bechmann folgert auch Muskat. [49] Zu einem Vertragsabschluß sind nach seiner Meinung immer zwei Personen erforderlich, da nur dann eine Übereinstimmung m e h r e r e r Willen, die Voraussetzung für das Zustandekommen eines wirksamen Vertrages, denkbar sei. Auch wenn es psychologisch richtig wäre, daß eine einzige Person Willensentschlüsse von zwei verschiedenen seelischen Standpunkten aus fasse und mehrere entgegengesetzte Willen in Übereinstimmung bringe, so vermöge ein derartiger Vorgang niemals äußerlich in Erscheinung zu treten und sei daher juristisch unbeachtlich.

Rümelin [50] hält den Vertragsschluß wie überhaupt die Abgabe jeder wechselseitigen Willenserklärung beim Selbstkontrahieren

45) Windscheid, Bd. II, § 313.
46) Hellmann, S. 144.
47) Vgl. die im Folgenden Genannten; ferner Biermann, § 77, Z. 3; du Chesne im Sächsischen Archiv 12, 65 ff.; Hupka, S. 267, 275.
48) Bechmann, S. 288.
49) Muskat, S. 519.
50) Rümelin, S. 16; ebenso Lepa, S. 226.

für unmöglich, weil beim Vertreter nur ein Willensentschluß denkbar sei. Daraus zieht er die Folgerung, daß es sich beim Verhandeln des Vertreters mit sich selbst nur um einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen handeln könne, denen das Gesetz Vertragswirkungen zukommen lasse.

Während die bisher bezeichneten Schriftsteller Vertragsabschlüsse beim Selbstkontrahieren für unmöglich halten, weil der Vertreter nicht mehrere Willen fassen könne und in Übereinstimmung zu bringen vermöge, sind Ruhstrat und Förster-Eccius der Ansicht, ein Vertrag könne vom Vertreter deswegen nicht zum Abschluß gebracht werden, weil der Vertreter keinen Willen sich selbst gegenüber „erklären" könne.

Vielfach wird angenommen, daß Römer, der sich der Frage der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens als erster zugewandt hat, nicht nur die Möglichkeit eines Vertragsabschlusses, sondern allgemein jedes Selbstkontrahieren ablehnt. Bei näherer Prüfung sieht man aber, daß dies unrichtig ist. Römer[51] betont, es könne niemand ein Recht gegen sich selbst erwerben. Diese Feststellung spricht überhaupt nicht gegen das Selbstkontrahieren; denn von dem Begriffe des Selbstkontrahierens schieden wir bereits in der Einleitung die Fälle aus, in denen der Kontrahent auf beiden Seiten die gleiche Vermögenssphäre vertritt, bei denen also ein Vertreter garnicht tätig wird. Wir sahen, daß unter Selbstkontrahieren immer nur das Kontrahieren einer für zwei verschiedene Vermögensmassen tätig werdenden Person zu verstehen ist. Bei solchen Abschlüssen kann der Kontrahent keine Rechte gegen sich selbst erwerben oder Verpflichtungen gegen sich selbst eingehen, da er lediglich auf einer Seite in eigenem Namen tätig werden kann.

Römer führt aber weiter aus, daß die Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages, die Einigung mehrerer Willen, beim Selbstkontrahieren vorhanden sei; denn der Vertreter gebe außer seinen Erklärungen als Eigenperson auch als Vertreter eine Willensäußerung ab. Der insoweit erklärte Wille sei als Wille des Vertretenen aufzufassen. Beim Selbstkontrahieren seien daher die erforderlichen zwei Willen vorhanden. Mit dieser Feststellung verneint also Römer keineswegs die Möglichkeit des Selbstkontrahierens. Er stellt vielmehr fest, daß der Vertreter mehrere Willen fassen und auch diese Willen sich selbst gegenüber erklären könne. Damit räumt er die gegen die Möglichkeit des Abschlusses von Verträgen beim Selbstkontrahieren vorgebrachten Bedenken aus dem Wege.

Römers Meinung, daß der Vertreter die zur Wirksamkeit eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts erforderlichen mehreren Willensentschlüsse fassen könne, wird ferner vom Reichsgericht geteilt.[52] Es sagt, auch beim Selbstkontrahieren sei die zum Wesen des Vertrages gehörige wechselseitige Einwirkung, „duorum in idem placitum et

51) Römer, S. 67.
52) R.G. 6, S. 11.

consensus," vorhanden, wenn der Wille des Vertreters den des Vertretenen ersetzen könne. Der Abschluß eines Vertrages im Wege des Selbstkontrahierens sei möglich, auch wenn zwischen den Vertragspartnern ein gegenseitiges Interesse vorhanden sei.

Meißels[53] kommt aus anderen Gründen zu diesem Ergebnis. Zwar hält auch er im allgemeinen das Vorliegen zweier verschiedener Willensenschlüsse für erforderlich zu einem wirksamen Vertragsabschluß. Dies erscheint ihm aber dann unnötig, wenn die Vertragsparteien durch einen gemeinsamen Vertreter verkörpert werden. Er hält aber auch in diesem Falle das Vorhandensein mehrerer Willen bei dem Vertreter für denkbar, da man gleichzeitig mehrere Willen fassen könne.

Nach unserer Ansicht kann der Vertreter beim Selbstkontrahieren mehrere Willensentschlüsse fassen und widersprechende Willen in Übereinstimmung bringen. Die Abschlüsse kommen allerdings regelmäßig nicht auf Grund von Willenserklärungen, d. h. „Erklärungsgeschäften", sondern auf Grund von „Willensgeschäften" zustande.[54] Denn den Willenserklärungen oder Erklärungsgeschäften ist der Kundgebungszweck und ein Erklärungsempfänger, dem die Kundgebung des Willensentschlusses zugeleitet werden soll, wesentlich.[54a] Diesen Zweck verfolgt der Selbstkontrahent nicht. Er will zwar eine fremde Rechtssphäre oder mehrere fremde Sphären berühren, d. h. zwei verschiedene Personen in Rechtsbeziehungen zueinander bringen, also wirksame Rechtsgeschäfte abschließen, es fehlt ihm aber jegliches Interesse daran, die Willensentschlüsse zu erklären, da er sie selbst in sich faßt und sie ihm daher auch ohne Erklärung bereits bekannt sind. In solchen Fällen handelt es sich nicht um Erklärungs- sondern um Willensgeschäfte.[54b] Da auch ihnen ein Erfolgswille zugrunde liegt und da auch sie dem Zwecke dienen sollen, willkürliche Rechtswirkungen zu erzeugen, stellen auch sie Rechtsgeschäfte dar, wie Manigk mit Recht feststellt.[54c] Auf sie finden daher auch die Stellvertretungsnormen Anwendung.[54d]

Im Rahmen solcher Willensgeschäfte können die verschiedenen Arten von Geschäften vorgenommen werden, z. B. Kauf- und Mietabschlüsse, ferner die zur Eigentumsübertragung gehörenden Einigungen und Übergaben usw. Mit der Annahme von Willensgeschäften beim Selbstabschluß wird auch die Streitfrage hinfällig, ob beim Selbstkontrahieren nur die Vornahme von einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen möglich ist

53) Meißels, S. 529.
54) Vgl. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäfte, S. 256 ff.
54a) Manigk, S. 313 ff., 332, 393.
54b) Manigk, S. 418 ff., S. 637; Jeroschewitz, S. 28, 71; vgl. ferner v. Thur, S. 160 ff.; Oertmann, Erl. 3b zu § 151; RGR. Komm. Erl. 1. zu § 151; Cosack, § 59a, I, 3b; Enneccerus, § 153, I, 2a. Die Willensgeschäfte werden auch anerkannt von H.Lehmann, Allgemeiner Teil § 24, IV, S. 129 ff.
54c) Manigk, S. 418, 637, 644.
54d) Manigk, Rechtsgeschäfte, S. 364; Willenserklärungen und Willensgeschäfte, S.568; Jeroschewitz, S. 28, 71, 81.

oder ob auch empfangsbedürftige Willenserklärungen denkbar sind. Nur in wenigen Ausnahmefällen, in denen das Gesetz ausdrücklich von „erklären" spricht, wie z. B. in § 925 B.G.B. für die Auflassung, setzt der Selbstabschluß die Vornahme von Erklärungsgeschäften voraus.

Es ist Meißels nicht zu folgen, wenn er behauptet, bei einem Abschluß des Selbstkontrahenten sei das Vorhandensein mehrerer übereinstimmender Willen nicht erforderlich. Solche mehrere Willen sind eine Voraussetzung der meisten Rechtsgeschäfte. Nichts berechtigt uns, beim Selbstkontrahieren von dieser allgemeinen Voraussetzung abzugehen. Es besteht hierzu aber auch keine Veranlassung; denn mehrere Willensentschlüsse sind bei dem Vertreter nach der hier vertretenen Ansicht über die Stellvertretung durchaus denkbar, wie dies auch das Reichsgericht, Römer und Meißels anerkennen. Sie sind auch nicht aus psychologischen Gründen unmöglich. Soweit der Vertreter für den Vertretenen tätig wird, denkt er sich in dessen Lage hinein und sucht denjenigen Willensentschluß zu fassen, zu dem der Vertretene an seiner Stelle gelangen würde. Da der Vertreter, soweit er für den Vertretenen tätig wird, bei seiner Willensentschließung von ganz anderen Erwägungen ausgeht als bei eigenen Angelegenheiten oder bei der Vertretung eines Dritten, so ergibt sich, daß der Vertreter beim Selbstkontrahieren auch zwei verschiedene, selbständige Willensentschlüsse in sich fassen kann. Das Vorhandensein solcher verschiedener Willen in einer Person ergibt sich ohne weiteres aus folgendem Beispiel:

Verkauft der Selbstkontrahent eine in seinem Eigentum befindliche Sache an den Vertretenen, so muß er einmal den Willen haben, die Sache aus seinem Eigentum in das des Vertretenen gelangen zu lassen und dafür den Kaufpreis zu erhalten. Er hat aber auch gleichzeitig den Willen, die Sache für den Vertretenen abzunehmen und den Kaufpreis zu zahlen. Noch deutlicher erscheint das Vorhandensein mehrerer Willen bei einem für zwei verschiedene Personen tätig werdenden Vertreter. Hier muß man ohne weiteres annehmen, daß der Vertreter seine Willenserwägungen von zwei verschiedenen Standpunkten aus anstellt, um damit zu den mutmaßlichen von den beiden Vertretenen gefaßten Standpunkten zu gelangen.

Man kann demgegenüber auch nicht anführen, daß unredliche Vertreter diese doppelten Erwägungen nicht anstellen, sondern in einseitiger Beachtung ihrer Interessen nur einen einzigen, ihnen günstigen Entschluß fassen und dementsprechend Abschlüsse vornehmen; denn auch ein unredlicher Vertreter betrachtet die Sachlage von beiden Seiten aus, damit er überhaupt feststellen kann, ob das abzuschließende Geschäft für ihn selbst vorteilhaft ist. Danach faßt also auch er zwei Willensentschlüsse; im Namen des Vertretenen macht er auf der einen Seite ein Angebot mit den den Vertretenen schädigenden Bedingungen, auf der anderen Seite faßt er im eigenen Namen den Willen, diese allein für ihn günstigen Bedingungen anzunehmen. Eine unterschiedliche Behandlung des redlichen und des unredlichen Vertreters kann also bei der Frage der Konstruktion des Selbst-

kontrahierens nicht stattfinden. Die betrachteten Gesichtspunkte haben daher bei der Frage nach der Zulässigkeit und der juristischen Konstruktion des Selbstkontrahierens auszuscheiden. Es ist allein der Gesetzgebung vorbehalten, durch zweckentsprechende Vorschriften eine Gefährdung des Vertretenen bei Selbstabschlüssen auszuschließen, wie denn auch das B.G.B. in § 181 einen Schutz vor solcher Gefahr gewährt, indem es dem Vertreter nur bei besonderer Gestattung und zwecks Erfüllung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit das Selbstkontrahieren erlaubt.

Aus den gleichen Gründen ergibt sich auch, daß der Vertreter diese mehreren Willen in Übereinstimmung zu bringen vermag. Er ist daher in der Lage, eine Einigung herbeizuführen.

Der Ansicht von Bechmann, Muskat und Rümelin gegenüber ist also die Feststellung zu treffen, daß vom Selbstkontrahenten zwei, die Absichten beider Parteien enthaltende Willensentschlüsse gefaßt werden können, ja daß sogar eine Willenseinigung durchaus denkbar ist. Wenn Muskat diese Willenseinigung als juristisch unbeachtlich bezeichnet, da sie äußerlich nicht in Erscheinung trete, so muß dieser Ansicht entgegengehalten werden, daß zwar die Ausführung des Willens, nicht aber dessen Erklärung = Mitteilung zu fordern ist.

Mit der Annahme von Willensgeschäften beim Abschluß des Selbstkontrahenten erledigt sich auch der Einwand Ruhstrats und Förster-Eccius, daß niemand sich selbst gegenüber zu „erklären" vermöge.

Sprinz[55] verkennt den Begriff der Stellvertretung, wenn er zum Nachweise für die Behauptung, der Vertreter vermöge nicht sich selbst gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, das Beispiel gibt, man könne eine Kugel nach allen Seiten, nur nicht nach dem Ausgangspunkt zurückwerfen. Dieses Beispiel träfe für Selbstabschlüsse nur dann zu, wenn der Vertreter auf beiden Seiten nur in eigener Angelegenheit handelt. Der Selbstkontrahent wird aber für zwei verschiedene Personen tätig. Sprinz übersieht auch, daß beim Selbstkontrahieren grundsätzlich keine Erklärungsgeschäfte vorgenommen, also keine „Kugeln" geworfen werden.

2. Der § 181 B.G.B.

a) Allgemeines.

aa) Die verschiedenen beim Selbstkontrahieren möglichen Vertretungsfälle.

Der § 181 B.G.B. sieht das Selbstkontrahieren in zwei Fällen vor:

1.) Es kann der Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen,
2.) es kann der Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vornehmen.

Solche Selbstabschlüsse sind aber nur möglich, wenn sie dem Vertreter besonders gestattet sind oder wenn sie die Erfüllung einer

55) Sprinz, S. 7.

Verbindlichkeit bezwecken. Wir sahen, daß der Gesetzgeber dem Vertreter diese Beschränkungen auferlegte, weil er von einer unbeschränkten Zulassung des Selbstkontrahierens erhebliche Schädigungen des Vertretenen befürchtete.[56] Diese Tatsache berechtigt zu dem Schluß, daß der § 181 sowohl bei rechtsgeschäftlich bestellten, als auch bei gesetzlichen Vertretern Anwendung findet; denn die Gefahr einer Ausbeutung des Vertretenen, der man in der Bestimmung des § 181 zu begegnen gedachte, ist bei beiden Vertretungsfällen gleich groß.[57]

Innerhalb des Rahmens des § 181 ist das Selbstkontrahieren auf jedem Gebiet möglich, insbesondere auch bei familienrechtlichen Rechtsgeschäften,[58] soweit hier nicht, wie z. B. bei der Eheschließung, die Stellvertretung überhaupt ausgeschlossen ist, ebenso bei erbrechtlichen Geschäften. Ferner gilt der § 181 auch für das Sachenrecht.[59]

Es ist weiterhin die Frage aufgeworfen worden, ob der § 181 sich auch auf den mittelbaren Vertreter bezieht.[60] Zwar ist der Begriff der mittelbaren Vertretung dem B.G.B. fremd. Unser Recht kennt aber trotzdem den mittelbaren Vertreter. So enthält das H.G.B. in den Bestimmungen über den Kommissionär, den Spediteur und den Frachtführer Normen der mittelbaren Vertretung. Die allgemeine Bezeichnung „Vertreter" im § 181 schließt eine Ausdehnung des Selbstkontrahierens auf den mittelbaren Vertreter noch nicht aus, wenn auch das B.G.B. nur die unmittelbare Stellvertretung geregelt hat. Der § 181 sieht aber vor, daß auf der einen Seite der Vertreter „im Namen des Vertretenen" tätig wird. Ein solches Handeln in fremdem Namen ist bei der mittelbaren Vertretung nicht möglich; denn der mittelbare Vertreter handelt stets in eigenem Namen für fremde Rechnung. Nur der unmittelbare Vertreter wird in fremdem Namen tätig. Der § 181 setzt also auf der einen Seite immer einen unmittelbaren Vertreter voraus. Von einem Selbstkontrahieren des mittelbaren Vertreters kann daher keine Rede sein; es wäre lediglich denkbar, daß der unmittelbare auf der anderen Seite als mittelbarer Vertreter, d. h. in „eigenem Namen" handelt. Aber dann liegt ein Selbstkontrahieren des mittelbaren Vertreters im eigentlichen Sinne nicht vor.

Auch der Selbsteintritt des Kommissionärs (§ 400 H.G.B.) stellt keinen Fall des Selbskontrahierens dar. Wie jeder unmittelbare Vertreter handelt auch der Kommissionär in eigenem Namen für fremde Rechnung. Es bietet sich kein Anhaltspunkt, beim Selbsteintritt etwas anderes anzunehmen; vor allem besteht kein Anlaß, den Kommissionär beim Selbsteintritt als im Namen des Komittenten handelnd

56) Vgl. RG. 68, S. 175.

57) Für Gleichbehandlung sind: Planck, Bem. 1; Bem. 2, d; Staudinger, Bem. 3; RG. 71, S. 163,; RG. i. Seuff. Archiv 77, Nr. 62; RG. i. JW. 1924, S. 1862[5].

58) RG. 79, S. 283.

59) RG. 89, S. 367.

60) Für Einbeziehung ist Grünhut im Falle des § 400 HGB., S. 484, 486, Anm. 37; a. A. Staub, § 400, Anm. 1-3.

aufzufassen. Er bringt mit dem Selbsteintritt lediglich das Kommissionsgeschäft zur Ausführung.[61])

Da der § 181 nur vom Vertreter schlechthin spricht, ist zu seinem Anwendungsgebiet auch der Vertreter ohne Vertretungsmacht zu rechnen; denn das B.G.B. bezeichnet auch den ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen Handelnden als „Vertreter".

Dagegen liegt ein Fall des § 181 nicht vor, wenn mehrere gesamtvertretungsberechtigte Personen mit einem von ihnen ein Rechtsgeschäft abschließen, ihn z. B. bevollmächtigen. Zu Unrecht wendet hier das Reichsgericht den § 181 an.[62]) In einem solchen Falle geben die Gesamtvertretungsberechtigten nicht mehrere zufällig zusammenfallende, selbständige Willenserklärungen ab, sodaß die gemeinsam mit dem Gesamtvertretungsberechtigten tätig werdende Einzelperson sich selbst gegenüber eine Willenserklärung abgibt, sondern die Gemeinschaft der geramtvertretungsberechtigten Personen als solche offenbart in einer einzigen Erklärung ihren aus mehreren unselbständigen Willen bestehenden gemeinschaftlichen Willensentschluß. Eine Zerlegung der Willenserklärungen der Mehrheit in die Erklärungen der einzelnen Vertreter ist daher nicht möglich. Es stehen sich also nicht zwei selbständige Willenserklärungen derselben Person gegenüber.

Der im § 181 ausgesprochene Grundsatz der beschränkten Zulässigkeit des Selbstkontrahierens ist dagegen auch auf die Amtspersonen, wie den Testamentsvollstrecker, den Konkursverwalter und den Zwangsverwalter, wenn auch nicht direkt, so doch analog anzuwenden. Nach der herrschenden Meinung handelt es sich bei diesen Personen allerdings nicht um Vertreter. Sie sind vielmehr Verwalter öffentlicher Ämter. Da es aber ihre Aufgabe ist, ähnlich wie der Vertreter mit Wirksamkeit für und gegen andere zu handeln, erscheint es zweckentsprechend, sie in der Anwendung des § 181 den Vertretern gleichzusetzen.[63])

Ferner fragt es sich, ob ein Selbstkontrahieren denkbar ist, wenn der Vertreter sich einen Untervertreter substituiert und mit diesem kontrahiert. Ist der Untervertreter nur der Vertreter des Hauptvertreters, so ist die Sachlage nicht anders, als wenn der Hauptvertreter mit sich selbst verhandelt. Der Hauptvertreter kann dem Untervertreter keine größere Machtbefugnis übertragen, als er selbst besitzt. Dieses Kontrahieren unterliegt also den Beschränkungen des § 181. Wird dagegen der Substitut nicht für den Hauptvertreter, sondern für den Vertretenen tätig, so liegt ein Verhandeln mit sich selbst nicht vor. Trotzdem sind auch bei der Bestellung solcher Untervertreter wirksame Abschlüsse zwischen Haupt- und Untervertreter meistens nur im Rahmen des § 181 möglich; denn in den meisten Fällen hat die Substituierung eines Untervertreters nur den Zweck, die Anwendbarkeit des § 181 zu umgehen. Soweit solche Rechts-

61) Vgl. 60); Mosse-Heymann, § 400, Anm. 4; R.G. 1, 286; 4, 92; 25, 71.
62) R.G. 89, 373; R.G. i. L.Z. 1926, 483 3.
63) Zustimmend Komm. d. R.G.R.

geschäfte zwischen Haupt- und Untervertreter der Bestimmung des § 181 widersprechen, können sie ebensowenig Wirksamkeit haben, wie wenn der Vertreter mit sich selbst kontrahiert.[64] Nur wenn die einzelnen Umstände ergeben, daß keine Umgehung des Gesetzes beabsichtigt ist, kann der Vertretene mit dem Untervertreter unbeschränkt Rechtsgeschäfte abschließen. Ergibt sich z. B., daß die Untervollmacht bereits zu einer Zeit erteilt worden ist, als noch niemand an das Geschäft dachte, das jetzt abgeschlossen werden soll, so kann von einer beabsichtigten Umgehung des § 181 nicht die Rede sein.[65] Es bedarf also in Fällen der Substitution eines Untervertreters einer genauen Prüfung nach ihrem Zweck.[66]

bb) Das Selbstkontrahieren an sich.

Waren bisher die verschiedenen beim Selbstkontrahieren möglichen Fälle der Vertretung Gegenstand unserer Betrachtung, so soll nunmehr der Selbstabschluß selbst einer Prüfung unterzogen werden.

Von einem Selbstkontrahieren ist nur dann zu sprechen, wenn die handelnde Person mit *sich selbst* abschließt. Aus dieser Tatsache sind eine Reihe wichtiger Folgerungen zu ziehen.

Die Anwendbarkeit des § 181 ist danach ausgeschlossen, wenn jemand im eigenen Namen und gleichzeitig als Vertreter im Namen des Vertretenen einem *Dritten* gegenüber eine Erklärung abgibt, wenn z. B. der Vater im eigenen Namen und im Namen des durch ihn vertretenen minderjährigen Sohnes mit einem Dritten einen Vertrag schließt; denn der Vertreter richtet sich an einen Dritten, nicht an sich selbst.

Ein Verhandeln mit sich selbst ist daher auch dann nicht gegeben, wenn der Schuldner, der Bevollmächtigter eines anderen ist, für diesen anderen dem Gläubiger seiner Schuld gegenüber die Bürgschaft übernimmt. Zwar schließt die Bürgschaft begrifflich das Selbstkontrahieren noch nicht aus. Wird sie aber einem Dritten, hier also dem Gläubiger gegenüber erklärt, so verhandelt der Schuldner, wenn er namens des Vertretenen tätig wird, nicht mit sich selbst.[67] Es besteht auch kein Anlaß zu einer analogen Anwendung des § 181 auf diesen Fall, wie es Hoeniger anstrebt.[68]

Ein Selbstabschluß des Vertreters liegt ferner nicht vor, wenn ein Vertreter einen Wechsel, den er im eigenen Namen auf den Vertretenen gezogen hat, im Namen des Vertretenen akzeptiert; denn das Akzept wird schon mit der Niederschrift bindend; eines Begebungsvertrages zwischen Akzeptanten und Aussteller bedarf es zur Wirksamkeit des Akzeptes nicht mehr. Daher ist auch keine

64) Staudinger, Bem. 3; Endemann I, § 80 Anm. 31; O.L.G. Kolmar i. D.J.Z. 03, S. 204; R.G. 56, 104; a. A. Oertmann, Erl. 3a; Enneccerus I, § 168, Anm. 9; Biermann I, § 77; Planck, Bem. 1, b; O.L.G. 7, 6; 11, 395; 12, 23; 22, 179; D.J.Z. 09, 1336; K.G. 16, A 100.
65) R.G. 118, 405.
66) R.G. 56, 104.
67) R.G. 71, 220.
68) Hoeniger in D.J.Z. 1910, 1347.

Erklärung des Akzeptanten gegenüber dem Aussteller oder ein Verhandeln mit sich selbst als Vertreter dieses Ausstellers erforderlich.[69] Das gleiche gilt für den umgekehrten Fall, wenn der Vertretene Aussteller, der Vertreter Bezogener ist.

Ebensowenig wie Rechtsgeschäfte, die mit einem Dritten abgeschlossen werden, dem § 181 unterliegen, kann bei Abgabe von Erklärungen des Vertreters gegenüber einer Behörde, insbesondere gegenüber dem Grundbuchamt, ein Selbstkontrahieren stattfinden. Daher vermag der Hypothekengläubiger, der die Löschung einer Hypothek bewilligt, falls er Vertreter des Eigentümers ist, gleichzeitig die Löschungsbewilligung und die Zustimmungserklärung dem Grundbuchamt gegenüber abzugeben. Der Hypothekengläubiger oder der Eigentümer handelt zwar teilweise im eigenen, teilweise im Namen des Vertretenen, die beiden Willenserklärungen werden aber nicht zwischen den beteiligten Personen, sondern einer anderen Empfangsstelle, dem Grundbuchamt, abgegeben.

Anders verhält es sich bei der Auflassung. Diese hat nicht gegenüber, sondern nur vor dem Grundbuchamt zu erfolgen. Erklärungsempfänger ist der Vertragspartner. Handelt bei der Auflassung ein Vertreter, so muß er also mit sich selbst kontrahieren.

Ein Selbstkontrahieren liegt auch dann vor, wenn jemand, nachdem er durch Verhandeln mit sich selbst ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, dieses, weil zu seiner Wirksamkeit die Genehmigung eines Dritten gehört, im Namen dieses Dritten sich selbst gegenüber genehmigt. Gibt er dagegen die Zustimmungserklärung dem Vertragsgegner gegenüber ab, so ist der § 181 nicht gegeben. Zwar mag auch dann die Möglichkeit einer Interessenkollission bestehen. Für die Anwendbarkeit des § 181 ist aber in erster Linie entscheidend, ob der Vertreter ein Rechtsgeschäft sich selbst gegenüber vornimmt.

cc) Die Form des Selbstkontrahierens.

Eine besondere Form schreibt das Gesetz für das Selbstkontrahieren nicht vor. Es haben also die allgemeinen Formvorschriften Anwendung zu finden. So bedarf z. B. ein Kaufvertrag über ein Grundstück nach § 313 B.G.B. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Die gleiche Form ist Voraussetzung der Wirksamkeit des Schenkungsversprechens (§ 518 B.G.B.). Ein Mietvertrag über eine Wohnung, den der Vertreter mit sich selbst als Verttreter eines anderen für längere Zeit abschließt, unterliegt der Schriftform (§ 566 B.G.B.).

Es bedarf jedoch noch der weiteren Untersuchung, ob das Selbstkontrahieren außer den allgemeinen Formvorschriften nicht noch besonderen Formen unterliegt, auch wenn der § 181 dies nicht vorschreibt. Hupka[70] verlangt für den Selbstabschluß die Beobachtung

69) Planck, Bem. 2, g; Staudinger, Bem. 5, h; R.G. 24, 90; 77, 140.
70) Hupka, S. 227, 279; ebenso Staudinger, Anm. 8, der aber im Gegensatz zu Hupka auch eine mündliche Erklärung vor Zeugen für ausreichend hält.

solcher Formen, durch die dem Vertreter eine geheime, einseitige Zurücknahme des getätigten Willensentschlusses unmöglich gemacht wird. Er hält daher die Errichtung einer Urkunde, die der Vertreter im Namen beider Teile unterschreibt, nicht für ausreichend, da sie jederzeit vom Vertreter heimlich wieder vernichtet werden könne. Aus dem gleichen Grunde sieht er in der Einzahlung von Geld in ein besonderes Behältnis unter Bezeichnung des Gläubigers kein wirksames Selbstkontrahieren, weil der Vertreter das Geld jederzeit wieder herausnehmen könne.

Andere Schriftsteller[71]) verlangen, daß die Erklärung des Selbstkontrahenten wie im römischen Recht „palam et aperte", d. h. nach außen hin erkennbar sei. Sie verneinen daher jede Wirksamkeit eines intern gebliebenen Willensentschlusses des Vertreters. Nur in der Erklärung vor Zeugen, der Eintragung in Geschäftsbücher oder der räumlichen Veränderung z. B. der Wegnahme des Geldes aus der einen und dem Hineinlegen in eine andere Kasse sehen sie eine genügende äußerliche Kenntlichmachung des vom Selbstkontrahenten gefaßten Willensentschlusses.

Nach unserer Ansicht kann die Wirksamkeit des Selbstabschlusses nicht von der Abgabe der Erklärung = Mitteilung des Willens, den der Selbstkontrahent gefaßt hat, abhängig gemacht werden. Lediglich die Ausführung dieses Willens ist zu fordern, nicht aber eine besondere Form. Das Verlangen nach einer besonderen Form ist vor allem bei schuldrechtlichen Verträgen unbegründet. Nach modernem Recht bedarf es zur Wirksamkeit eines Schuldvertrages regelmäßig nur einer formlosen Willenseinigung der Parteien, die auch stillschweigend, also ohne eine äußerlich in die Erscheinung tretende, für Dritte wahrnehmbare Erklärung stattfinden kann. Es besteht kein Grund, bei dem Verhandeln des Vertreters mit sich selbst eine größere Erkennbarkeit des Willensentschlusses zu fordern. Mit Recht lehnt daher auch das Reichsgericht das Erfordernis äußerlicher Kenntlichmachung des Willensentschlusses bei Schuldverträgen ab.[72]) Aus diesen Gründen muß auch Hupkas Verlangen nach einer jede geheime Rücknahme ausschließenden Form, die also noch weit strenger ist als die äußerliche Erkennbarkeit, verworfen werden.

Auch für die dinglichen Rechtsgeschäfte kann nichts anderes gelten. Zwar wird für einige dingliche Rechtsgeschäfte die Übergabe einer Sache von einer Person auf eine andere, also eine äußerliche Kenntlichmachung verlangt, z. B. bei der Eigentumsübertragung nach § 929 B.G.B., der Nießbrauchsbestellung nach § 1032 B.G.B. und der Bestellung eines Pfandrechts gemäß § 1205 B.G.B. Der körperlichen Übergabe bedarf es aber dann nicht, wenn sie begrifflich nicht

71) So Planck, Bem. 1, a; Oertmann, Bem. 4, a; Goldmann-Lilienthal, S. 205; Rümelin S. 42 ff.; 232; Oertmann, Bem. 4; Staub, § 58, Anm. 36.
72) R.G. Gruch. 1912., S. 895.

möglich ist. So genügt zur Eigentumsübertragung einer beweglichen Sache, die der Erwerber bereits im Besitz hat, die Einigung beider Parteien. Das Gleiche muß daher für das Selbstkontrahieren gelten; denn besitzt der Selbstkontrahent in seiner Eigenschaft als Vertreter des Veräußerers die Sache, so hat er sie auch bereits als Vertreter des Erwerbers im Besitz, eine nochmalige Besitzübertragung kann also nicht mehr stattfinden. Es genügt daher die Einigung, die der Selbstkontrahent in sich faßt.

Die Klarheit der Rechtslage wird dadurch nicht beinträchtigt. Auf Grund der Ausführung des Willensentschlusses ist ein sicherer Schluß auf den Willensentschluß selbst möglich. Mit Recht weist Manigk[73] darauf hin, daß z. B. die Herausgabe der Sache an den Geschäftsherrn „als nachträgliches Indiz" für die entstandene Rechtslage in Betracht kommen könne. Häufig wird in solchen Fällen auch schon aus der Vollmachtserteilung oder aber aus sonstigen der Vertretung zugrunde liegenden Rechtsbeziehungen ein sicherer Schluß auf den vom Selbsthontrahenten gefaßten Willen möglich sein.

Nur wenn das Gesetz für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts allgemein eine bestimmte Form vorschreibt, so muß sie auch vom Selbstkontrahenten beachtet werden; denn den allgemeinen Formvorschriften ist der Selbstkontrahent wie jeder andere unterworfen.

b) Das Selbstkontrahieren auf Grund besonderer Gestattung.

Der Vertreter kann nach § 181 mit sich selbst kontrahieren, soweit ihm dies gestattet ist. Sprinz[74] versteht unter diesem „Gestatten" nur die private Ermächtigung durch Statut oder Vollmacht, nicht aber die gesetzliche Gestattung des Selbstkontrahierens; es sei widersinnig, wenn das Gesetz das Selbstkontrahieren im Falle gesetzlicher Gestattung n o c h m a l s gestatten würde.

Dieser Begründung ist nicht beizupflichten. Das Gesetz will im § 181 nur a l l g e m e i n einen Ausspruch der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens für zwei Ausnahmefälle geben. Welchem gesetzlichen Vertreter das Selbstkontrahieren erlaubt ist, sagt diese Besttimmung nicht. Diese Gestattung muß daher bei den einzelnen Fällen der gesetzlichen Vertretung nochmals ausdrücklich erfolgen. Daraus folgt aber keineswegs, daß die einzelnen Vorschriften von sich aus unabhängig vom § 181 die Gestattung zum Ausdruck bringen sollen. Diese Ansprüche stellen daher lediglich eine Ergänzung des § 181 dar. Der § 181 umfaßt also die rechtsgeschäftliche und die gesetzliche Gestattung zum Selbstkontrahieren.[75]

Wenden wir uns zunächst der privaten Gestattung zu. Grundsätzlich wird diese Zustimmung ausdrücklich erteilt. Aus praktischen

73) Manigk, Willenserklärungen und Willensgeschäfte, S. 583; ähnlich Jeroschewitz, S. 107 ff., S. 126 ff.
74) Sprinz, S. 22 ff.
75) Planck, 1, c; Staudinger 7, a; Komm. d. R.G.R.

Gründen muß man aber auch die Möglichkeit einer stillschweigenden Gestattung des Selbstkontrahierens bejahen.[76] Zwar liegt in der allgemeinen Erteilung der Vertretungsmacht keinesfalls auch die stillschweigende Erlaubnis zum Verhandeln mit sich selbst; denn dies hätte zur Folge, daß mit jeder Vollmacht ohne weiteres auch die Befugnis zum Selbstkontrahieren verbunden wäre. Dann aber wäre der § 181 überflüssig. Eine solche Folge widerspricht also dem Gesetz. Auch eine Generalvollmacht schließt nicht ohne weiteres die Erlaubnis zum Selbstkontrahieren in sich ein. Man kann nur dann eine stillschweigende Gestattung zum Selbstkontrahieren annehmen, wenn die Begleitumstände dies zweifelsfrei ergeben. Die Richtigkeit dieser Folgerung ist aus einem Beispiel ohne weiteres ersichtlich. Entnimmt ein Ladenangestellter, der die Briefmarken und die Briefmarkenkasse verwaltet, für sich eine Briefmarke gegen Einzahlung des entsprechenden Wertes, so muß dieses Geschäft auch ohne ausdrückliche Zustimmung des Prinzipals wirksam sein, weil mit Sicherheit auf sein Einverständnis geschlossen werden kann. Die entgegengesetzte Ansicht würde den Bedürfnissen des Verkehrs nicht gerecht. Eine solche, aus den Umständen mit Sicherheit zu entnehmende, stillschweigende Zustimmung muß wie die ausdrückliche Zustimmung behandelt werden.[77] Aus den gleichen Erwägungen erscheint auch die Ansicht des Reichsgerichts richtig, daß es für die Annahme einer stillschweigenden Gestattung schon genügt, wenn die Zustimmung ohne Arglist nicht verweigert werden darf.[78]

Ein Fall der rechtsgeschäftlichen Gestattung des Selbstkontrahierens liegt auch in der gelegentlich eines Grundstückskaufvertrages einem der Vertragspartner oder einem Dritten, z. B. dem beurkundenden Notar oder dessen Angestellten, erteilten Vollmacht, die Auflassung für beide Teile zu erklären. Nach § 167 Abs. 2 B.G.B. bedarf die Vollmacht im allgemeinen keiner Form. Da ihre Erteilung ein abstraktes Rechtsgeschäft ist, das regelmäßig von der Wirksamkeit eines etwaigen Kausalgeschäfts unabhängig ist, ist sie also regelmäßig ohne Beobachtung einer für das Kausalgeschäft gegebenenfalls vorgeschriebenen Form gültig.[78a] Wenn dagegen die

76) Planck, Bem. 1, c, β; Staudinger. Bem. 4; Hupka, S. 340.

77) R.G. v. 3. 3. 1923, V 274/22.

78) R.G. 64, 373; ebenso R.G. i. J.W. 1911, 762 [21]; vgl. auch Planck, Bem. 1, c, β

78a) Oertmann, § 167, 1c und 2; Staudinger, § 167, Bem. 2; Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. 1, 1, S. 455, insbesondere S. 457; Endemann, § 80, Anm. 24; Crome, Bd. 1, S. 460; Rümelin, in Archiv für zivile Praxis 93, 131 ff. insbesondere S. 134 ff.; Hupka, Die Vollmacht, S. 24 und S. 153; Bekker, Jher. Jb. 49, 23; Staudinger, § 167, Bem. 1; Goldmann-Lilienthal, S. 206; Rehbein, S. 264; Zitelmann, Allgemeiner Teil, S. 121; Vgl. ferner: R.G. 114, 351; R.G. in J.W. 27, 1856; R.G. in Bayr. Not.V. 28, Beil. 3; R.G. in Bayr. Rpfl. Z. 28, 90; R.G. in H.R.R. 28, Nr. 304; R.G. in D.J.Z. 1908, 1342; K.G. in J. Rdsch. 26, Nr. 568; K.G. in O.L.G. 45, 115; K.G. in R. 26, Nr. 441; a. A.: Schloßmann, Bd. 1, S. 267 ff.; Bd. 2, S. 436 ff.; Dniestrzanski, Auftr. zu Gunsten Dritter, S. 26 ff., S. 87 ff., S. 107 ff.; R. Leonhard, Allgemeiner Teil, S. 317 ff.; Dernburg, § 163, V; v. Seeler, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 28, 9 ff.

Vollmacht demselben Zwecke dienen soll und dient wie das formbedürftige Geschäft, unterliegt auch sie der gleichen Formvorschrift.[78b] Die Auflassungsvollmacht insbesondere bedarf regelmäßig dann einer Form, wenn sie einem der beiden Vertragsteile oder einem Dritten derart erteilt wird, daß dieser für beide Teile die zur Auflassung erforderlichen Erklärungen abgeben kann. Denn daraus ist gewöhnlich zu schließen, daß die beiden Parteien diese Anordnung zur gegenseitigen Sicherung ihrer Vertragsansprüche getroffen haben. In diesem Falle besteht eine enge Beziehung zwischen ihren Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag und dem Nebengeschäft der Vollmachtserteilung. Die Bevollmächtigung ist dann als ein Teil des Kaufvertrags anzusehen und bedarf dann der Form des § 313 BGB.[78c] Ist der Kaufvertrag wegen Formmangels nichtig, so ist regelmäßig auch die Vollmachtserteilung unwirksam. Dem Vertreter ist dann also die Möglichkeit genommen, die Auflassung zu erklären. Hat der Vertreter hingegen doch die Auflassung vorgenommen, und hat das Gericht trotz der Nichtigkeit des Kaufvertrages und der daraus folgenden mangelnden Vertretungsmacht des Vertreters die Eigentumsänderung im Grundbuch eingetragen, so erhebt sich die Frage, ob damit eine Heilung des nichtigen Kaufvertrages und der unwirksamen Vollmachtserteilung eintreten kann. Dies muß abgelehnt werden; denn Voraussetzung der nachträglichen Heilung des Kaufvertrages ist nach § 313 die wirksame Auflassung und Eintragung. Da der Vertreter zurzeit der Auflassung keine Vertretungsmacht hatte, konnte er keine wirksame Auflassung an sich selbst erklären, sondern lediglich eine schwebend unwirksame, d. h. genehmigungsfähige. Wird die Genehmigung nachträglich in entsprechender Form[79] erteilt und damit dem Vertreter nachträglich Vertretungsmacht verliehen, so fragt es sich weiter, ob damit auch das Selbstkontrahieren des Vertreters wirksam sei. Hat eine Überschreitung der Schranken des § 181 Nichtigkeit des vom Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfts zur Folge, so ist eine nachträgliche Genehmigung nicht möglich. Hält man dagegen solche Selbstabschlüsse nur für schwebend unwirksam, wie es uns richtig erscheint,[79a] so vermag eine nachträgliche Genehmigung die Wirksamkeit der Auflassung herbeizuführen. Damit wird dann das wegen Formmangels nichtige Kaufgeschäft nachträglich geheilt.

78b) Vgl. für den Fall, daß der Vertreter ganz nach den Weisungen des Vollmachtgebers zu handeln hat: R.G. 54, 79; 62, 336; 76, 183; 79, 215; 81, 51; 97, 334; Warneyer, 1911, Nr. 393; J.W. 20, 966; R.G. in J.W. 1911, 803; Seuff. Archiv 59, 3; Warn. 1917, Nr. 114; a. M. Gottschalk in Jher. Jb. 79, 212.

78c) Oertmann, § 167, Bem. 2; Enneccerus - Kipp - Wolff, § 171, S. 457; Staudinger, § 313, IIb; Dernburg, II, S. 193, Anm. 18; Seuff. Archiv 57, 95; O.L.G. 2, 463; 3, 181; J.W. 1902, 191; R.G. 50, 163; R.G. in L.Z. 27, 653; R.G. in Gruch. Beitr. 68, 538; R.G. in J. Rdsch. 26, Nr. 360; K.G. in J. Rdsch. 26, Nr. 568; K.G. in O.L.G. 45, 115; O.L.G. 45, 116; K.G. in J.W. 27, 1654; Hans. G.Z. 27, Beibl. 6; R.G. in J.W. 1928, 2516; Warn. Entsch. 28, 78.

79) Wegen der Form vgl.: R.G. in D.R.Z. 26, Nr. 559; J. Rdsch. 27, Nr. 2111; L.Z. 26, 438; R. 26, Nr. 1931; Warn. Entsch. 26, 127; L.Z. 26, 480.

79a) Vgl. eingehendere Ausführungen im letzten Abschnitt.

Ergeben dagegen die Umstände, daß die Erteilung der Auflassungsvollmacht nicht zur Sicherung der vertraglichen Verpflichtungen der Parteien, sondern lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen erfolgte, so ist eine enge Beziehung zwischen Auflassungsvollmacht und Kaufvertrag zu verneinen. Dann ist die Vollmachtserteilung ein selbständiges Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit von der Nichtigkeit des Kaufvertrages unabhängig ist.

Schließlich bleibt die Wirksamkeit der Vollmacht regelmäßig dann unberührt, wenn der Kaufvertrag als Scheingeschäft nichtig ist, selbst wenn die Vollmachtserteilung in engster Beziehung zum Kaufvertrag steht und daher als ein Teil desselben anzusehen ist. Meistens schließen nämlich die Parteien ein Scheingeschäft, um damit ein wirklich gewolltes Geschäft zu verdecken. Wenn sie z. B. bei einem zum Schein geschlossenen Grundstückskaufvertrag eine Auflassungsvollmacht erteilen, so spricht daraus ihr Wille, das verdeckte Geschäft durch Auflassung und Eintragung zur Ausführung zu bringen. Sie wollen also die Auflassungsvollmacht auch ohne den nichtigen Teil des Kaufvertrages erteilen. Die Auflassungsvollmacht ist daher gemäß § 139 B.G.B. wirksam. Entsprechendes gilt für die in Verbindung mit einem Kaufvertrag über eine bewegliche Sache einer Person erteilten Vollmacht, die Einigung und die Übergabe der verkauften Sachen durch Verhandeln mit sich selbst vorzunehmen. Eine solche Vollmacht ist aber selten.

Bei den gesetzlichen Vertretern muß die Gestattung zur Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst aus dem Gesetz folgen. Eine solche gesetzliche Erlaubnis findet sich in § 1409 B.G.B. Dieser Bestimmung zufolge hat die Frau, wenn sie Vormund ihres Mannes ist, das Recht, den Mann in den sich aus der Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes ergebenden Rechten und Pflichten zu vertreten. Zu diesen Rechten gehört auch die Einwilligung des Mannes zu Verfügungen der Ehefrau über eingebrachtes Gut (§ 1395 B.G.B.). Gemäß § 1396 B.G.B. hängt die Wirksamkeit solcher Verfügungen der Ehefrau von der Einwilligung des Ehemannes ab. Ist die Ehefrau Vormund des Mannes, so kann sie also als seine Vertreterin die nach § 1395 B.G.B. zu Verfügungen über das eingebrachte Gut erforderliche Einwilligung des Mannes sich selbst gegenüber erteilen. Da der § 1409 B.G.B. der Ehefrau, falls sie Vormund des Mannes ist, allgemein die Befugnis zur Abgabe der nach § 1395 B.G.B. erforderlichen Einwilligungserklärung sich selbst gegenüber einräumt, ohne sie Beschränkungen zu unterwerfen, stellt diese Vorschrift eine Erweiterung des § 181 B.G.B. dar. Dies ist auch durchaus verständlich, weil die Gefahr einer Interessenschädigung für den Vertretenen, d. h. den Ehemann, in dem Falle, daß seine Ehefrau über ihr e i g e n e s Vermögen verfügt, ausgeschlossen oder doch ganz gering ist. Im umgekehrten Fall, wenn der Ehemann zum Vormund seiner Frau bestellt ist, besteht jedoch die Gefahr einer solchen Schädigung. Daher kann der Ehemann nur innerhalb des

Rahmens des § 181 tätig werden; in anderen Fällen bedarf es der Bestellung eines Pflegers für die Ehefrau. [80]

Der § 1409 B.G.B. stellt die einzige Erweiterung der im § 181 für das Selbstkontrahieren aufgestellten Grenzen dar. Eine Einschränkung findet sich im § 1795 B.G.B., der die Vertretung des Vormundes regelt; diese Bestimmung unterwirft den Vormund bei seinem Handeln für den Mündel nicht allein den Schranken des § 181, sondern gibt seiner Tätigkeit einen noch engeren Rahmen. Der Vormund kann den Mündel bei einem Rechtsgeschäft mit seinen — des Vormunds — Ehegatten oder Verwandten in gerader Linie nur dann vertreten, wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Eine Gestattung des Selbstabschlusses kommt für den Vormund bei solchen Geschäften nicht in Frage; auch das Vormundschaftsgericht kann ihm hierzu keine Genehmigung erteilen. Nach § 1795 B.G.B. kann der Vormund ferner den Mündel bei einem Rechtsgeschäft, das die Übertragung oder Belastung einer durch Pfandrecht, Hypothek oder Bürgschaft gesicherten Forderung des Mündels gegen den Vormund oder die Aufhebung oder Minderung einer Sicherung zum Gegenstand hat oder die Verpflichtung des Mündels zu einer solchen Übertragung, Belastung, Aufhebung oder Minderung begründet, überhaupt nicht vertreten. Endlich schließt der § 1795 die Vertretung des Mündels durch den Vormund bei Rechtsstreitigkeiten mit den vorher bezeichneten Personen und über die vorher bezeichneten Angelegenheiten gänzlich aus.

Nach §§ 1630, Absasz 2, 1915 B.G.B. finden die für den Vormund geltenden Beschränkungen auch auf den Inhaber der elterlichen Gewalt und den Pfleger Anwendung. In allen Fällen, in denen der gesetzliche Vertreter von der Vertretung ausgeschlossen ist, bedarf es also der Bestellung eines Pflegers bezw. eines zweiten Pflegers.

Eine gesetzliche Gestattung zum Selbstkontrahieren enthalten auch die §§ 456 bis 458 B.G.B. Nach diesen Bestimmungen darf beim Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung, beim Pfandverkauf und beim Selbsthilfeverkauf die mit der Leitung des Verkaufs betraute Person mit Zustimmung des Verkäufers den zum Verkauf gebrachten Gegenstand erwerben.

Vielfach wird auch angenommen, daß der § 1009, Absatz 1 B.G.B. eine gesetzliche Erlaubnis zum Selbstkontrahieren enthalte. [81] Gemäß § 1009, Absatz 1 kann die im Eigentum mehrerer Peronen befindliche Sache zu Gunsten eines Miteigentümers belastet werden. Zu dieser Belastung sind auf der einen Seite Willenserklärungen sämtlicher Miteigentümer, auf der anderen Seite Willenserklärungen des einzelnen Miteigentümers erforderlich. Die Abgabe von Erklärungen sich selbst gegenüner findet aber nicht statt. Auch hier gilt das auf Seite 22 Gesagte; die an den einzelnen Miteigentümer abzugebenden Willenserklärungen gelten als einzige, unteilbare Erklärung der gemeinsam

80) So auch Staudinger zu § 1409, Anm. 2; Planck zu § 1909, Anm. 3; Cosack II, S. 485.
81) So Planck, Bem. 1 c; Komm. d. R.G.R. zu § 181; R.G. 47, 209.

handelnden Miteigentümer. Es handeln also auf beiden Seiten verschiedene Personen. Die Abgabe einer Willenserklärung sich selbst gegenüber kommt daher nicht in Frage.

Das Gleiche gilt für die §§ 125, 232 H.B.G. Auch diese Bestimmungen stellen keine Fälle gesetzlicher Gestattung des Selbstkontrahierens dar, wie das Reichsgericht annimmt.[82] Nach diesen Vorschriften können die zur Gesamtvertretung berechtigten Gesellschafter einer o. H. G. und die Vorstandsmitglieder einer A. G. einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte oder bestimmter Arten von Rechtsgeschäften ermächtigen. Es handelt sich auch hierbei auf beiden Seiten um verschiedene Personen. Auf der einen Seite stehen die Vertreter der o. H. G. bezw. der A.G. Ihre gemeinsamen Erklärungen sind die Willenserklärungen der Gesellschaft. Der einzelne zu ermächtigende Gesellschafter bezw. das einzelne Vorstandsmitglied nimmt also nicht seine eigene Erklärung entgegen.

c) Das Selbstkontrahieren zur Erfüllung einer Verbindlichkeit.

Der § 181 sieht ferner das Selbstkontrahieren des Vertreters für den Fall vor, daß das Rechtsgeschäft der Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit dient. Unter einer solchen Verbindlichkeit ist sowohl eine Verpflichtung des Vertretenen dem Vertreter, als auch umgekehrt eine Verpflichtung des Vertreters dem Vertretenen gegenüber und schließlich auch eine vertragliche Beziehung zwischen zwei verschiedenen, durch dieselbe Person vertretenen Kontrahenten zu verstehen. Die Verpflichtung kann mannigfaltiger Art sein. Es ist eine Geldschuld denkbar; ferner ist auch eine Verpflichtung zum Abschluß eines obligatorischen oder eines dinglichen Vertrages möglich, z. B. die Einigung bei der Eigentumsübertragung beweglicher Sachen und die Auflassung bei Grundstücken.[83] Alle diese Rechtsgeschäfte können im Wege des Selbstkontrahierens vorgenommen werden, falls eine wirksame Verbindlichkeit zu Grunde liegt.

Da vom Gläubiger häufig die Erteilung einer Quittung über die empfangene Leistung gemäß § 368 B.G.B. verlangt wird, fragt es sich, ob auch bei einem Selbstabschluß eine Quittung verlangt und erteilt werden kann. Eine Verpflichtung zur Quittungserteilung besteht nach § 368 B.G.B. nicht ohne weiteres. Der Gläubiger ist zur Ausstellung der Quittung erst dann verpflichtet, wenn der Schuldner sie verlangt. Würde es sich bei diesem Verlangen des Schuldners auf Quittungserteilung um eine Willenserklärung handeln, so würde der Vertreter gehindert sein, das Verlangen an sich selbst zu richten, sofern ihm dies nicht besonders gestattet ist. Denn ein Rechtsgeschäft sich selbst gegenüber kann der Vertreter nur bei besonderer Gestattung und zur Erfüllung einer Verbindlichkeit

82) Vgl. Komm. d. R.G.R. zu § 181; ebenso Staudinger, Bem. 7 a; Planck, Bem. 1 c; Mosse-Heymann § 125, Anm. 6; § 232, Anm. 3.

83) Planck, Bem. 2 a; Staudinger, Bem. 7 b; O.L.G. 2, 493; 5, 46; R.G. 52, 130 ff.; J.W. 1912, 236.

vornehmen. Es besteht aber keine Verbindlichkeit, die Ausstellung einer Quittung zu verlangen. Hindert der § 181 aber den Vertreter, das Verlangen auf Quittungserteilung an sich selbst zu stellen, so entsteht hierzu niemals eine Verpflichtung. Mangels einer Verpflichtung wäre also dem Vertreter die Ausstellung der Quittung an sich selbst wiederum gemäß § 181 verwehrt. Das Verlangen im Sinne des § 368 B.G.B. stellt aber keine Willenserklärung, sondern nur eine Willensmitteilung dar. Den Unterschied zwischen Willenserklärung und Willensmitteilung geben die treffenden Ausführungen Manigks[84] klar zu erkennen. Er führt aus, daß die Willensmitteilungen zwar auch Kundgebungen seien, deren Gegenstand und Inhalt ein Wollen ist: „Dieses Wollen richtet sich aber im Gegensatz zu den Willenserklärungen nicht auf einen Rechtserfolg, sondern lediglich auf ein äußeres Geschehnis, das verschiedener Art sein kann." „Die Willensmitteilungen beziehen sich der Natur des Wollens entsprechend stets auf ein in der Zukunft erstrebtes Factum: Die Aufforderung will, daß ihr durch den Adressaten entsprochen werde; die Mahnung will, daß der Adressat leiste." „Gewollt ist bei den Willensmitteilungen die Erzeugung eines psychischen Effektes im Gegner, auf dessen äußeres Verhalten dadurch in irgend einer Weise eingewirkt werden soll." Aus der Betrachtung dieses klar herausgearbeiteten Unterschieds ergibt sich der unzweifelhafte Schluß, daß das Verlangen auf Quittungserteilung keine Willenserklärung, sondern nur eine Willensmitteilung im Sinne der Manigk'schen Ausführungen ist. Da dieses Verlangen also keine Willenserklärnng ist, ist der Vertreter nicht gehindert, die Forderung auf Quittungserteilung an sich selbst zu stellen. Damit entsteht die Verpflichtung zur Ausstellung der Quittung. Bei der schließlichen Erteilung der Quittung handelt der Vertreter also in Erfüllung einer Verbindlichkeit.

Dagegen kann der Selbstkontrahent eine bestehende Verbindlichkeit nicht durch Bewirkung einer anderen Leistung an Erfüllungsstatt zum Untergang bringen.[85] Die Hingabe einer anderen als der geschuldeten Leistung setzt nach § 364 B.G.B. die Zustimmung des Gläubigers, also eine Willenserklärung voraus; denn es heißt in dieser Bestimmung: „Wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimmt." Für die Abgabe einer solchen Willenserklärung besteht keine Verpflichtung. Daher fällt sie auch nicht in den Rahmen der dem Vertreter im § 181 erlaubten Fälle des Selbstkontrahierens. Das Verbot der Leistung an Erfüllungsstatt durch den Vertreter ist auch durchaus zu billigen. Nur so ist es möglich, den Vertretenen davor zu schützen, daß der Vertreter ihm an die Stelle des leistungsfähigen einen zahlungsschwachen oder -unfähigen Schuldner setzt.

84) Manigk, Willenerklärung und Willensgeschäft, S. 710 ff.; insbesondere S. 725.

85) So auch Planck, Bem. 1 b α; Dernburg, Bd. I, S. 496; Cosack, Bd. I, S. 342; Staudinger, Bem. 7 b; Staub, § 58, Anm. 38; Oertmann, 3 c.

Die Aufrechnung ist zwar auch kein Fall der Erfüllung eines Schuldverhältnisses; denn die Erfüllung ist im ersten Titel des dritten Abschnittes des B.G.B. geregelt: die Bestimmungen über die Aufrechnung enthält dagegen der dritte Titel dieses Abschnittes. Trotzdem muß man aus praktischen Gründen beim Selbstkontrahieren auch die Aufrechnung zulassen.[86] Wenn sich Vertreter und Vertretener beide Summen schulden, erscheint es formalistisch und umständlich, zu verlangen, daß der Vertreter zunächst die eine Summe zahlen muß, obwohl er sofort wieder diese Summe oder einen Teil derselben zurücknehmen darf. Das Gleiche gilt für den Fall, daß der Vertreter zwei verschiedene Personen vertritt, von denen jede der anderen zu einer Leistung verpflichtet ist. Eine derartige unnütze Hin- und Herbewegung wirtschaftlicher Güter widerspricht den Bedürfnissen des Verkehrs. Man muß daher die Aufrechnung beim Selbstkontrahieren unbeschränkt zulassen, zumal eine Schädigung des Vertretenen kaum denkbar ist.

Die Voraussetzung jeder wirksamen Erfüllungshandlung des Vertreters ist aber das Bestehen einer wirksamen Verbindlichkeit. Nichtige Rechtsgeschäfte können daher nicht die Grundlage für einen Selbstabschluß bilden. Der Vertreter kann also nicht auf Grund eines nichtigen Grundstückkaufvertrags die Auflassung erklären. Wenn also auch im allgemeinen die bei dem dinglichen Rechtserwerb durch den Vertreter für den Vertretenen eintretenden direkten Wirkungen allein von dem Willen des handelnden Vertreters abhängen ohne Rücksicht auf die Wirksamkeit einer kausalen Beredung, d. h. eines Kausalgeschäfts, wie Manigk richtig feststellt,[87] so besteht im vorliegenden Fall doch eine Abhängigkeit von einem Kausalgeschäft, dem Grundstückkaufvertrage. Diese Abhängigkeit ist aber nur vorhanden, weil erst der wirksame Kaufvertrag Verbindlichkeiten erzeugt und damit dem Vertreter nach § 181 Vertretungsmacht zu Selbstabschlüssen verleiht.

Auch Verbindlichkeiten, die noch nicht fällig sind oder denen eine Einrede entgegensteht, vermag der Vertreter, wenn er Schuldner ist, nicht durch Leistung an sich selbst zu erfüllen, weil mit dieser Erfüllung Rechtsnachteile für den Vertretenen verbunden wären, die der § 181 gerade ausschließen will. Dagegen muß man die Möglichkeit der Erfüllung durch Selbstkontrakt zulassen, wenn der Vertretene Gläubiger einer solchen Verbindlichkeit ist. Der Wortlaut des § 181 ergibt dies allerdings nicht. Aus dem uns bekannten Zweck dieser Bestimmung, daß das Selbstkontrahieren wegen der damit für den Vertretenen verbundenen Gefahr einer Schädigung beschränkt sein soll, muß aber geschlossen werden, daß dem Selbstkontrahieren des Vertreters nur dann Grenzen gesetzt sein sollen, wenn Schädigungen des Vertretenen denkbar sind. Eine solche Schädigung ist

86) Dernburg, Bd. I, § 170, Anm. 7; Staub, § 58, Anm. 38; Oertmann, Bem. 3 c; Staudinger, Bem. 7 b; Kuhlenbeck, S. 147, Bem. 2; für beschränkte Aufrechnung: Planck, Bem. 1 b α.

87) Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, S. 368/369.

unmöglich, wenn der Vertretene ausschließlich empfängt, nicht aber leistet.[88] Die hier in Betracht kommenden Verbindlichkeiten sind vor allem die Naturalobligationen, insbesondere die Spiel- und Wettschulden sowie die Ansprüche auf den Ehemäklerlohn. Ferner kann der Vertreter, falls er Schuldner des Vertretenen ist, eine verjährte Forderung an sich selbst erfüllen. Dies ist ihm aber verwehrt, wenn er Gläubiger ist. Schließlich sind hier noch die sittlichen Verpflichtungen zu nennen. Auch sie können nicht eingeklagt, wohl aber erfüllt werden.

d) Die Folgen einer Überschreitung der Grenzen des § 181 B.G.B.

Nach § 181 kann der Vertreter ein Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten nicht vornehmen, wenn es ihm nicht besonders gestattet ist oder wenn das Rechtsgeschäft der Erfüllung einer Verbindlichkeit dient. Welche Folgen hat eine Überschreitung der dem Vertreter gesetzten Schranken?

Erblickt man in den Worten „kann nicht" ein dem Vertreter gegebenes Verbot, so würde eine Übertretung dieses Verbots Nichtigkeit zur Folge haben.[89] Dies war die vorwiegende Ansicht der zweiten Kommission. Sie wurde auch früher von Planck,[90] Cosack[91] und der Rechtsprechung[92] vertreten. Mit Recht haben die genannten Schriftsteller und auch das Reichsgericht ihre Ansicht später geändert und lehnen heute die Nichtigkeit ab.[93] Das Gesetz will in § 181 kein Verbot aussprechen. Es soll nur zum Ausdruck kommen, daß der Vertreter nicht ohne weiteres auf Grund einer gewöhnlichen Vertretungsmacht mit sich das Rechtsgeschäft abschließen „kann", weil bei solchen Rechtsgeschäften widersprechende Interessen vorhanden sein können. Das Gesetz will also lediglich sagen, daß der Vertreter nur zu den im § 181 vorgesehenen Rechtsgeschäften Vertretungsmacht hat und daß er bei Überschreiten dieser Schranken ohne Vertretungsmacht handelt. Daraus folgt, daß das über den Rahmen des § 181 hinausgehende Selbstkontrahieren des Vertreters nach § 177 B.G.B. wie jedes andere Handeln ohne Vertretungsmacht genehmigungsfähig ist.[94]

Mit Recht erscheint es dem Reichsgericht[95] höchst widerspruchsvoll, wenn man eine nachträgliche Genehmigung der Handlung des

88) Hölder, Erl. 1; Staudinger, Bem. 7 b; Oertmann, Bem. 3 c; Enneccerus I, § 168, II, 2, Anm. 13; Dernburg, I, § 170, II, 1.

89) Für Nichtigkeit sind: Endemann, S. 400; Rehbein, Bd. I, S. 225; Matthias, Bd. 1, S. 106; Kohler, Bd. 1, S. 497; Staub, § 58, Anm. 12; Sprinz, S. 40 ff.

90) 91) Vgl. die früheren Auflagen.

92) R.G. 51, 426; R.J.A. 2, 110; O.L.G. 3, 109.

93) Planck, 4. Auflage, Bem. 3 a; Cosack, 5. Auflage, § 68, I, 3; R.G. 56, 104; 67, 51; 68, 37; 89, 374; 93, 337; 108, 406; Warn. 08, Nr. 602; Ferner auch: Enneccerus I, § 168, II, 2; Dernburg I, § 170, III; Oertmann, Bem. 2 b β; Hölder, S. 381; Hupka, S. 341 ff.; Staudinger, Anm. 6; Staub, § 58, Anm. 36.

94) Vgl. Bem. 93.

95) Vgl. R.G. 56, 104; R.G. 68, 37; R.G. 67, 51; R.G. i. Warn. 08, Nr. 602.

Vertreters wegen der eingetretenen Nichtigkeit ausschließen wollte, eine vorherige Zustimmung aber gesetzlich zulässig ist und volle Wirksamkeit des abgeschlossenen Geschäfts zur Folge hat.

Die Gründe, die Sprinz[96] für die Nichtigkeit der in Überschreitung des § 181 geschlossenen Selbstkontraktes anführt, können ebenfalls nicht anerkannt werden; denn er geht davon aus, daß das Selbstkontrahieren immer nur in der Abgabe einseitiger, nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen bestehen könne. Die Vornahme solcher einseitiger Erklärungen könne man nicht mit dem Fall auf eine Stufe stellen, bei dem der Vertreter ohne Vertretungsmacht Rechtsgeschäfte abschließt; denn dann seien wirkliche Verträge und einseitige, empfangsbedürftige Erklärungen vorhanden. Da wir feststellten, daß beim Selbstkontrahieren wirkliche Verträge abgeschlossen und einseitige, empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte vorgenommen werden können, werden die Ausführungen von Sprinz ohne weiteres hinfällig.

Die hier vertretene Ansicht wird auch durch die §§ 456/458 B.G.B. bestätigt. Nach diesen uns bereits bekannten Bestimmungen ist der Kauf, durch den die mit der öffentlichen Versteigerung betraute Person die zum Verkauf gestellten Sachen selbst erwirbt, bei fehlender Zustimmung nicht nichtig. Er ist vielmehr schwebend unwirksam. Seine Wirksamkeit hängt nach § 458 B.G.B. von der Zustimmung der in dieser Vorschrift bezeichneten Personen ab.

Die nachträgliche Genehmigung des Selbstkontrahierens ist sowohl bei dem rechtsgeschäftlich bestellten, als auch bei dem gesetzlichen Vertreter möglich, weil nach unserer Feststellung beide Vertreter bei den Selbstabschlüssen gleich zu behandeln sind. Es ist allerdings zu beachten, daß bei der gesetzlichen Vertretung eine Person, die die Genehmigung erteilen könnte, meistens nicht vorhanden ist, wie z. B. bei dem Vormund eines Geschäftsunfähigen, dem auch vom Vormundschaftsgericht keine Genehmigung erteilt werden kann.[97] Dies vermag aber nicht zu der Folgerung Staudingers[98] zu führen, daß der willkürliche und der gesetzliche Vertreter verschieden zu behandeln seien und daß nur beim willkürlichen Vertretet ein Überschreiten der Schranken des § 181 genehmigungsfähig sei; denn es sind auch bei der gesetzlichen Vertretung einige Fälle der Genehmigung möglich, so z. B. wenn der Minderjährige volljährig wird oder die Vormundschaft der Ehefrau über den Ehemann endet.

Schließt der Vertreter mit sich ein Rechtsgeschäft ab, ohne daß er hierzu Vollmacht hat oder daß das Rechtsgeschäft der Erfüllung einer Verbindlichkeit dient, so ist das vorgenommene Rechtsgeschäft also nur schwebend unwirksam. Der Vertretene kann dem Rechtsgeschäft, falls es ihm vorteilhaft erscheint, nachträglich durch seine Genehmigung Wirksamkeit verleihen.

---

96) S. 41.

97) Die entgegengesetzte Ansicht hat das R.G. in der Plenarentscheidung vom 13. 5. 09 (R.G. 71, 162) abgelehnt.

98) Staudinger, Anm. 6.

Lebenslauf.

Ich, Walter Boettger, Sohn des Oberpostinspektors Emil Boettger und seiner Ehefrau Auguste, geb. Hahn, bin am 9. September 1901 zu Wiesbaden geboren. Dort besuchte ich 3 Jahre die Vorschule und 9 Jahre die Städtische Oberrealschule. Im Frühjahr 1920 bestand ich an dieser Anstalt die Reifeprüfung. Nach einem einsemestrigen Studium der Chemie an der Universität Marburg a. L. und einem sechsemestrigen Studium der Rechts- und Volkswissenschaft an den Universitäten Marburg und Freiburg, bestand ich am 24. November 1923 vor dem juristischen Prüfungsamt des Oberlandesgrichts Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Als Referendar verbrachte ich sodann den Vorbereitungsdienst in Wiesbaden und Frankfurt a. M. Am 24. November 1928 legte ich die große juristische Staatsprüfung vor dem Landesprüfungsamt in Berlin ab.